

كلية الشريعة

مقارنة المذاهب فى الفقه

عمل الأستاذين

الشيخ محمود محمد شلتوت
عضو جماعة كبار العلماء

و

الشيخ محمد على السايس
الأستاذ بكلية الشريعة

١٩٨٦



دار المعارف


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

كلية الشريعة

مقارنة المذاهب فى الفقه

عمل الأستاذين

الشيخ محمود محمد شلتوت و الشيخ محمد على السايس
عضو جماعة كبار العلماء الأستاذ بكلية الشريعة

١٩٨٦



دار المعارف بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد . بعثه الله بشرع كافل لسعادة الخلق فى الدنيا والآخرة .

وبعد فهذا نوع جديد من دراسة الفقه ، أساسه أن توضع المسألة ويذكر حكمها فى كل مذهب من المذاهب ، ثم تعرض أدلة المذاهب ، ووجهات النظر التى كانت منشأ اختلاف الأئمة فى الحكم ، ثم تناقش الأدلة من جميع الجوانب المتصلة بأخذ الحكم منها ، ثم يتخذ المدرس من نفسه حكما عدلا جرد نفسه من المذهبية التى ألفها ، لايبتغى غير الوصول إلى الحق ، فيخلص من تلك المناقشات بالرأى الذى يستقيم لديه دليـــله ، وتتضح وجهته . وإذا كان المدرس ممن يسايرون العاطفة المذهبية ويخضعون لهـا فانه لايستطيع أن يقف موقف الحكم العدل من هذه المذاهب . وجدير بهألايمد عينيه إلى هذا النوع من الدراسة ، فقد أجمع العلماء على أن القاضى لا يقضى لمن يبادله عاطفة صداقة أو قرابة ، ولا على من بينه وبينه عاطفة بغض أو عداء .

فائدة المقارنة

قد يقال إن هذا النوع من دراسة الفقه ، ليس له فيما نرى فائدة عملية لا بالنظر إلى الأفراد فى عباداتهم ومعاملاتهم . ولا بالنظر إلى الأمة فى الحكم والتقاضى . أما الأول فلأن العلماء قرروا أن من قلد مذهباً ليس له أن ينتقل إلى غيره .

وقد جاء فى فروع باب التعزير من كتاب الدر المختار «من ارتحل إلى مذهب الشافعى يعزر » وقرروا : أن ليس للانسان إذاقلد مذهباً معيناً ـ ولابد أن يقلد ـ أن يقلد غيره فى بعض الوقائع إلا بشروط وقرروا : أن ليس للمتأخر أن يبحث أو يرجح فيما بحثه المتقدم أو رجحه ، وإنما عليه أن يتبع ، وإذا كان هـــنا هو ماقرره العلماء فالعمل بنتيجة المقارنة قد يلزمه انتقال المقارن إلى غير مذهبه . أو تقليده لجملة مذاهب فى مسائل مختلفة فلا يكون مقلداً لمذهب معين ، بل قد يلزمه تقليد غير الأئمة الأربعة .

ونص العلما على أنه لايجوز تقليد غيرهم لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت الينا نقلا يوجب الطمأنينة والوثوق بأنها مذاهبهم . وقد يلزمه العمل بآراء مختلفة لأجزاء عبادة واحدة يتكون منها حقيقة لم يقل بها امام وذلك بأن يظهر للمقارن رجحان قول الشافعي في مسح الرأس . وقول الحنفي في اللمس ، ورجحان القول بعدم نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة . فهذا الوضوء غير صحيح أو غير باق على مذهب المالكية بعدم مسح كل الرأس ولا على مذهب الحنفية لعدم مسح الربع أو للقهقهة ، ولا على مذهب الشافعي للمس .

فالمقارن اما أن يعمل بنتيجة بحثه فيصلي بهذا الوضوء فيكون ملفقاً لحقيقة لم يقل بها أحد وقد نص العلماء على : أن الحكم الملفق باطل بالاجماع . واما ألا يعمل بنتيجة بحثه فلا يصلي بهذا الوضوء مع اعتقاده صحته فتظل المقارنة بحثاً نظرياً لا يتصل بفائدة الفقه وهي العمل بالأحكام . هذا بالنظر الى الأفراد أما بالنظر الى الحكم والتقاضي فلان القضاة لهم مذاهب معينة .

وقد نص الفقهاء على أن ليس للقاضي أن يحكم بخلاف مذهبه . ولا بالقول الذي قيل عنه في مذهبه انه مرجوح . وبذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم في حادثة بخلاف مذهبه الذي ولي به القضاء مهما يكن مذهبه في نظره من الضعف ، ومهما يكن غيره في نظره من القوة فلا فائدة للمقارنة في هذا الجانب أيضاً .

الجواب — إن هذا الاعتراض مبني كما ترى على مقالات وضعها المتأخرون حينما تحكمت فيهم روح الخلاف وملكتهم العصبية المذهبية فراحوا يضعون من القوانين مايمنع الناس من الخروج عن مذاهبهم وانتقلت المذاهب بهذا الوضع عن أن تكون أفهاما يصح أن تناقش فترد أو تقبل إلى التزامات دينية لا يجوز لمن نشأ فيها أن يخالفها أو يعتنق غيرها وحرموا بذلك النظر في كتاب الله وسنة رسوله . وحرموا العمل بثمرة النظر فيهما ونشأ عن ذلك أن فترت الهمم ووقف الفقه الاسلامي واشتغل علماء المذاهب بالانتصارات المذهبية واختصار المطولات وشرح المختصرات وهكذا حرم الناس الفقه وحرموا ملكة الفقه .

وقد وصف الشيخ عز الدين بن عبد السلام موقف هؤلاء المتأخرين فقال : « ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه بحيث لايجد لضعفه مدفعاً وهو مع ذلك يقلده فيه ويترك من شهد له الكتاب

والسنة ويتأولها بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالا عن مقلده » ثم قال «لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقيد بمذهب ولا انكار على أحد من السائلين الى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصبوها من المقلدين فان أحدهم يتبع إمامه مع بعد مذهبه عن الأدلة مقلداً له فيما قال كأنه نبي أرسل وهذا نأى عن الحق وبعد عن الصواب لا يرضى به أحد من ذوى الألباب » .

وقال الامام أبو شامة : (ينبغى لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب إمام ويعتقد فى كل مسألة صحة ما كان أقرب الى دلالة الكتاب والسنة المحكمة وذلك سهل عليه اذا حصل العلوم المتقدمة (وسائل الاجتهاد) وليجتنب التعصب والنظر فى طرائق الخلاف المتأخرة فانها للزمن مضيعة ولصفوه مكدرة فقد صح عن الشافعى أنه نهى عن تقليده وتقليد غيره قال صاحبه المزنى فى أول مختصره (اختصرت هذا من علم الشافعى ومن معنى قوله لأقربه على من أراد مع اعلامه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه) .

ان واجب المسلم اذا تعذر عليه أن ينال الأحكام من أدلتها أن يسأل أهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهبا معينا اذ لا واجب الا ما أوجبه الله ورسوله ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأئمة قال شارح مسلم الثبوت (فايجابه تشريع شرع جديد) ثم قال « ولك أن تستدل عليه بأن اختلاف العلماء رحمة بالنص وترفيه فى حق الخلق . فلو ألزم العمل بمذهب معين كان هذا نقمة وشدة وأما اشتراطهم فى جواز تقليد غير المذهب . عدم تتبع الرخص . فقد قال الكمال فيه . لا يمنع من تتبع رخص المذاهب ، مانع شرعى إذ للانسان أن يسلك الأخف عليه إذ كان له اليه سبيل . وقال أيضاً والغالب أن هذه الزامات منها لكف الناس عن تتبع الرخص وانا لا أدرى ما يمنع هذا من العقل والسمع وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه .

وأما منعهم التقليد اذا أدى الى مجموع لم يقل به أحد ، فقد الكمال فيه (قول لمتأخر) .

أما القادر على النظر فواجبه أن ينظر وأن يعمل بمقتضى نظره ولا يلزمه

تحصيل ماقالوا فى شروط الاجتهاد بالنسبة إلى جميع أبواب الفقه وأحكامه بل يكفيه للاجتهاد فى مسألة أن يحصل وسائل الاجتهاد فيها فقد قرر علماء الاصول أن الاجتهاد يتجزأ ، وإذا جاز تجزى الاجتهاد لتخريج والترجيح وهما نوعان منه جائزان .

ومما تقدم يتبين أن المقارنة واجبة وأن العمل بثمرتها واجب لا يحول دون ذلك شيء من مقالات المتأخرين التى لم يقم دليل على صحتها .

والمقارنة فوق ذلك سبيل للوقوف على مسالك الأئمة فى الاجتهاد . وطريق لمعرفة ما تطمئن النفس اليه من الأحكام .

وقد شعرت حكومتنا المصرية بالحاجة إلى العمل بآراء بعض الفقهاء غير الحنفية وتدرجت فى الأخذ بها حتى وضع تعديل سنة ١٩٢٩ وتضمن العمل بكثير من غير مذهب الحنفية بل من مذاهب لغير الأئمة الاربعة .

وقد خطا القانون الشرعى بهذا التعديل خطوة واسعة إلى الأمام وكان قائد هذه الحركة المباركة الأستاذ المصلح الكبير المرحوم الشيخ المراغى شيخ الأزهر . وقد وضع لهذا التعديل مذكرة إيضاحية تكلم فيها بعد المقدمة على ستة وعشرين موضوعا منها التكفير والتأثيم فى الاحكام الفقهية والاجتهاد المطلق والمقيد . وقال فى آخر كلامه عن الاجتهاد المطلق . (وإنى مع احترامى لرأى القائلين باستحالة الاجتهاد أخالفهم فى رأيهم وأقول إن فى علماء المعاهد الدينية فى مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد ويحرم عليهم التقليد) وأثبت فيها امكان الوثوق بنقل غير المذاهب الأربعة كما أثبت صحة قضاء القاضى بغير مذهبه وأنه يتعين عليه ذلك متى نص فى منشور التولية على أنه يعمل به . وبذلك فتح الأستاذ باب الاجتهاد ووجه علماء العصر إلى البحث فى الفقه الاسلامى . فعادت إلى الفقه روح الحياة وأخذ فى النماء . وقد كان رحمه الله أول من اقترح دراسة المقارنة بين المذاهب فى كليات الأزهر . وقد صارت بذلك مادة من مواد الدراسة المقررة على السنة الرابعة فى كلية الشريعة الاسلامية .

وقد الأيام لجنة تحت رياسة فضيلته للنظر فى قانون الأحوال الشخصية علـــى ما تقضى به المصلحة من غير تقيد بمذهب من المذاهب الأربعة ، وقد

ألقى رحمه الله فى أول جلسة من جلساتها كلمة تضمنت لزوم التخير وذم التقليد . وارجع اليها إن شئت فى صحف ١٥ شوال من سنة ١٣٥٥ ﻫ .

وقد وضعناهذه المذكرات لموضوعاتها حسب المنهج الجديد الذى وضع المقارنة منذ عام سنة ١٣٥٥ ﻫ ونسأل الله أن يوفق رجال الأزهر لخدمة الدين والرجوع بعلومه إلى سيرتها الأولى

* * *

ومن المفيد ونحن على أبواب هذا الفن أن نوجز للطلاب القول فى أسباب اختلاف الأئمة لنتبين لهم أنه مامن إمام الا بذل مايستطيع من جهد فى سبيل الوصول الى الحكم الذى ارتآه فى المسألة وأنهم مع اختلافهم مجمعون على أن الاصل الذى لايعدل عنه والذى يقضى على كل ما سواه ، هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ

أما اختلافهم فقد تنشأ من أسباب وراء هذا نستطيع حصرها فيما يأتى :

أولا — اختلاف معانى الالفاظ . وهو باب واسع نشأ من غرابة الألفاظ واشتراكها وترددها بين الحقيقة والمجاز واختلاف العرف فى معنى اللفظ .

ثانيا — الرواية . وذلك بأن يصل الحديث إلى أحدهم ولا يصل الى غيره . أو يصل من طريق لا تقوم به الحجة فى حين يصل إلى آخر من طريق صحيح أو يصل اليهما من طريق واحد ولكن يعتقد أحدهم أن فى بعض رواته ضعفا لا يعتقده غيره أو لا يراه مانعا من قبول الرواية ، وهذا مبنى على الاختلاف فى طريق التعديل والتجريح . أو يصل اليهما من طريق متفق عليه غير أن أحدهما يشترط فى العمل بمثله شروطا لايشترطها الآخر وذلك كما فى المرسل والمنقطع .

ثالثا — مصادمة الدليل لأصل من الأصول المسلم بها عند أحدهم دون الآخر، وذلك كقاعدة العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة . والزيادة على الكتاب نسخ إلى غير ذلك من قواعد الأصول المختلف فيها .

رابعا — التعارض والترجيح . وهو باب واسع اختلفت فيه الأنظار وكثر فيه الأخذ والرد . وهو يتناول دعوى النسخ والتأويل ويدخل فيه القرب والبعد والخطأ والصواب .

خامسا — القياس . وهو أوسع الأبواب اختلافا . فان له شروطا وعللا .

والعلل شروطا ومسالك . وفى الجميع أنظار مختلفة وآراء متباينة ولا يكاد الناظر فى باب القياس يجد أصلا فيه متفقا عليه بين القائلين بحجته خصوصا بعد أن تناوله المتأخرون وأوسعوا فيه من ضروب القول ومناحى التفكير .

سادسا — أدلة ، اختلفوا فى صحة الاعتماد عليها وذلك كالاستحسان والمصالح المرسلة وقول الصحابى والبراءة الأصلية والاستدلال .

إلى جملة هذه الأسباب يرجع اختلاف الأئمة فى الأحكام الشرعية .

وإن المقارن بين المذاهب فى جزئيات المسائل متى أدرك منشأ الخلاف ثم وقف على ما ورد فى المسألة وعرف دلالة الالفاظ وقدر روح التشريع وكل هذا قد صار بفضل جهود المتقدمين فى اللغة والحديث وأسرار التشريع سهلا ميسورا — متى أدرك هذا فانه بمعونة الله يصل إلى مقارنة مثمرة قد يكون من ورائها تقريب هوة الخلاف أو ترجيح الأقرب الى الحق ونسأل الله أن يعصمنا من الزلل وأن يوفقنا إلى ما يحب ويرضى .

فرائض الوضوء

اتفق الأئمة على أن غسل الوجه واليدين والرجلين والمسح بالرأس فرائض لا بد منها فى تحقق الوضوء . واختلفوا بعد ذلك فى موضعين :

الأول فى مقدار المفروض من مسح الرأس . والثانى فى فرضية أمور أخرى غير هذه الأربعة .

والموضوع الأول : « مقدار المفروض فى مسح الرأس » .

ذهب المالكية إلى أن المفروض فى مسح الرأس هو مسح الكل .

وذهب الشافعية إلى أن المفروض فيه هو مسح البعض ولو شعرة واحدة وقيل لا يجزىء أقل من ثلاث شعرات .

وذهب الحنفية فى رواية اعتمدها المتأخرون إلى أن المفروض هو مسح الربع . وفى أخرى اعتمدها كثير من المتقدمين إلى أنه مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد .

أما الحنابلة فعندهم روايتان : إحداهما وهى أرجح الروايتين : توافق مذهب المالكية والأخرى أن المفروض مقدار الناصية .

الأدلة

استدل المالكية بقوله تعالى « وامسحوا برءوسكم » ووجه الاستدلال .أن الباء فيه إما أن تكون زائدة وإما أن تكون للالصاق . وليس ثمت معنى ثالث يصح حملها عليه وعلى كلا الاحتمالين فالتركيب يفيد مسح الكل .

اما أنه ليس للباء معنى ثالث يصح حملها عليه فلأن أقرب ما يتصور فرضه بعد الزيادة والالصاق أن تكون للتبعيض . والتحقيق عند أهل اللغة أن التبعيض ليس من معانى الباء . قال ابن برهان : من زعم أن الباء تفيد التبعيض فقد جاء اهل اللغة بما لا يعرفونه . وذكر الشوكانى أن سيبويه أنكر أنها للتبعيض فى خمسة عشر موضعاً من كتابه .

ووجه إفادتها العموم على احتمال الزيادة أن التركيب بدونها واضح فى إفادة العموم على نحو ما يفهم من قوله تعالى « فاغسلوا وجوهكم » الخ فزيادة الباء فى هذا التركيب تفيد تقوية العموم المستفاد منه وتدفع توهم أن الشارع كما خفف وظيفة الرأس من غسل إلى مسح - يريد أن يخفف فى مقدار الممسوح أيضا .

أما وجه إفادتها العموم على احتمال الألصاق فهو أن الرأس حقيقة فى الكل وإطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بموجب فيكون المطلوب الصاق المسح بكل الرأس . وهى فى ذلك نظير قوله تعالى : فى التيمم « فامسحوا بوجوهكم » والتعميم فيه واجب باتفاق .

وعلى هذين الاحتمالين تكون الآية ظاهرة فى إفادة مسح الكل ولا إجمال فيها حتى تحتاج إلى بيان . وقد يقال أن الآية — على احتمال الالصاق — ليست ظاهرة فى التعميم لأن الالصاق يصدق على البعض كما يصدق على الكل .

والجواب : أن احتمال الزيادة المقتضية وجوب التعميم لا يزال قائما مع احتمال هذا الالصاق وبذلك تكون الآية مجملة يرجع فى فهم المراد منها إلى بيان الرسول ﷺ وهنا يقول المالكية . أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ فى حديث واحد أنه اقتصر على مسح بعض رأسه وبه يثبت أن المراد من الآية مسح جميع الرأس وهو المطلوب

واستدل الشافعية بالآية أيضا . وبيانه أن الباء للالصاق وهو معنى لا يكاد

يفارقها فتكون الآية من قبيل المطلق ويكون المطلوب بها الصاق المسح بالرأس وهو يتحقق بمسح البعض كما يتحقق بمسح الكل شأن المطلق الذى يراد منه تحقيق الماهية فى أى فرد من أفرادها .

قالوا : ولو سلمنا احتمال زيادة الباء كانت الآية من قبيل المجمل ويرجع فى فهم المراد منها إلى البيان وقد ثبت أنه ﷺ مسح البعض كما مسح الكل فقد جاء فى مسلم من حديث المغيرة بن شعبة أن النبى ﷺ توضأ ومسح على ناصيته وخفيه . وفى رواية « مسح بناصيته وعلى الخفين » وفى رواية ثالثة « مسح بناصيته وعلى العمامة »

وجاء فى رواية أبى داود عن أنس رضى الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية فادخل يده تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ، وسكت عليه أبو داود .

وجاء فى رواية البيهقى عن عطاء « أنه ﷺ توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه » أو قال (ناصيته) وهذا الحديث — وإن كان مرسلا والشافعى لا يعمل بالمراسيل — قد تقوى بالمتصل قبله وصح الاحتجاج به عنده .

فهذه الأحاديث صريحة فى جواز الاكتفاء بمسح البعض وعلى هذا يتعين حمل الباء على الالصاق ويمتنع حملها على الزيادة .

واستدل الحنفية بالآية أيضا وقالوا : إن الزيادة خلاف الأصل فيتعين الالصاق مرادا من الباء ويكون المطلوب الصاق اليد بالرأس لأن قوله تعالى « وامسحوا » يستدعى مفعولا وهو آلة المسح التى هى اليد فيكون تقدير الآية وامسحوا أيديكم ملصقة برءوسكم . والقاعدة أن الباء إذا أدخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة كما أنها إذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح . تقول مسحت رأس اليتيم بيدى فيفهم تعميم الرأس بالمسح . وتقول مسحت يدى برأس اليتيم فيفهم تعميم اليد بالمسح . والآية من قبيل الثانى فتقتضى تعميم اليد بالمسح . قالوا واستيعاب اليد ملصقة بالرأس لا يستغرق غالبا سوى الربع فتعين مرادا من الآية وهو المطلوب

ولهم أن يسلموا احتمال زيادة الباء ويقولوا : إن الآية على هذا تكون مجملة لأن احتمال الزيادة واحتمال الالصاق قائمان فيها على السواء وقد بينت الأحاديث الواردة فى الباب أن المطلوب هو الالصاق وأنه إلصاق مخصوص بمقدار الناصية

فما فوقها لأنه عليه السلام لم يلتزم مسح الكل كما لم يمسح أقل من الناصية أو مقدم الرأس والناصية ومقدم الرأس كلاهما يساوى الربع فليكن هو المفروض .

* * *

هذه مسالك الأئمة فيما ذهبوا اليه . وللناظر أن يمنع باديء ذى بدء احتمال زيادة الباء فى الآية لأن اللفظ إذا دار بين التأكيد والتأسيس كان التأسيس خيرا من التأكيد وبذلك يترجح حمل الآية على الالصاق والالصاق لا يفيد أكثر من نسبة الفعل إلى المفعول ، فأما كون الفعل متعلقا بالكل أو البعض فلا دلالة عليه . وقول المالكية : ان فى الرأس حقيقة فى الكل مجاز فى البعض لا ينفع فى أن الالصاق يفيد العموم لأن الكلام إنما هو إلصاق المسح بالرأس ويكفى فى صدقه حقيقة مجرد وقوع المسح عليها .

وقد قال العلماء لو توقفت المباشرة الحقيقية على مباشرة الفعل لجميع المفعول لقل وجود الحقائق بل يكاد يلحق بالعدم فانه يلزم أن نحو ضربت زيدا وأبصرت عمرا مجاز لعدم العموم . وتنظيرهم بآية التيمم غير صحيح لأن فعل الرسول ﷺ فى التيمم اتصل بيانا بها فصرفها إلى التعميم ولولا البيان لاكتفى فيه بمسح البعض عملا بالقاعدة المعروفة فى الصاق الفعل بالمفعول : وعلى هذا فلا يكون فى الآية إجمال بل تكون من قبيل المطلق الذى يكفى فيه حصوله فى فرد من أفراده ولنا أن نسلم صحة احتمال الزيادة وأنه مساو لاحتمال الالصاق وأن الآية بذلك تكون مجملة يرجع فى بيانها إلى فعل الرسول ولكن قولهم إن الرسول ﷺ لم يصح عنه أنه اقتصر على مسح البعض ممنوع فان الاحاديث التى قدمناها فى الاستدلال للشافعية ثابتة وهى صريحة فى عدم مسح الكل فلا يثبت مدعاهم من وجوب التعميم .

ويتجه على الحنفية فى التوجيه الأول أن القاعدة التى ذكروها من أن الباء إذا دخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة وإذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح لا يعرف لها فى اللغة أصل ولا شاهد فى الاستعمال لأنك تقول مسحت يدى بالحائط ولا يتوقف صدقه على استيعاب اليد كما تقول مسحت الحائط بيدى ولا يتوقف صدقه أيضا على استيعاب الحائط ومثل ذلك كثير فى الاستعمال الشائع المعروف والحق أن الأمر فى مثل هذا يرجع إلى الأغراض والقرائن .

على أن الظاهر من الآية الكريمة أن الفعل فيها منزل منزلة اللازم وليس المفعول مقدرا فى نظم الكلام ولا يحتاج الى تقديره فيه فليس المطلوب فيها إلا ايقاع المسح على الرأس . أما تقدير المفعول وتعيين أنه اليد وأن الكلام يقتضى استيعابها فى المسح فلا دلالة فى الآية على شىء منه .

ويتجه عليهم فى الثانى أن الأحاديث الواردة فى الباب على فرض اجمال الآية ترفع ذلك الاجمال الناشىء من احتمال الزيادة المفيد لتعميم الرأس بالمسح احتمال الالصاق الذى يفيد أن المطلوب هو مطلق المسح الصادق بالكل وبأى بعض منه وتفيد أن المراد هو مطلق الالصاق ويقتصر عمل تلك الأحاديث على هذا . وليس لهم أن يقولوا أن الأحاديث قيدت المطلق بفرد معين وهو مقدار الناصية فما فوقه لأن هذا يكون تقيدا المطلق ومن قواعدهم إن تقييد المطلق نسخ له وهو لا يثبت بخبر الآحاد عندهم . وبهذا يبقى المطلق على إطلاقه ويجزىء أى فرد منه ، والتزام النبى ﷺ مسح الناصية فما فوقها لا يمنع جواز الأقل .

لا يقال إن مسح الأقل لو كان جائزا لفعله النبى ﷺ ولو مرة تعليما للجواز لأنا نقول : محل ذلك اذا كان الجواز متوقفا على فعله فأما اذا كان له دليل غير الفعل فانه يستفاد من ذلك الدليل ولا يتوقف على الفعل فان النبى ﷺ قد واظب على المضمضة والاستنشاق ومع ذلك قال الحنفية بعدم وجوبهما أخذا من أدلة أخرى دالة على جواز الترك وآية مسح الرأس بعد بيانها بالأحاديث صارت مطلقة تفيد الاكتفاء بأى فرد شأن المطلق .

ويتجه على الشافعية أن التوجيه الذى ذكروه ـ وان كان وجها قويا لا يفيد جواز الاكتفاء بمسح شعرة أو ثلاث شعرات فان مادة المسح تقتضى امرار مابه المسح على الرأس وذلك لا يتحقق بمسح شعرات تعد فان ذلك يكفى فيه وضع جزء يسير من أصبع على الرأس ومثل هذا لا يقال له مسح لغة ولا عرفا .

فالحق أن الآية من قبيل المطلق وأنها لا تدل على أكثر من ايقاع المسح بالرأس وذلك يتحقق بمسح الكل وبمسح أى جزء قل أم كثر ما دام فى دائرة ما يصدق عليه اسم المسح . وأن مسح شعرة أو ثلاث شعرات لا يصدق عليه ذلك . والله أعلم .



الموضوع الثانى

فى أمور اختلف الأئمة فى فرضيتها

قال الحنفية ليس للوضوء فرائض غير الأربعة التى صرح بها النظم الكريم وخالفهم فى ذلك الأئمة الثلاثة . فالشافعية زادوا فرضى النية والترتيب والحنابلة زادوا النية والترتيب والموالاة — وزاد المالكية النية والموالاة والتدليك ـ ومن هذا يعلم أن ثلاثتهم اتفقوا على زيادة النية وأن المالكية انفردوا باثبات فرضية التدليك . وأن الشافعية والحنابلة اتفقوا على اثبات فرضية الترتيب . وأن المالكية والحنابلة اتفقوا على اثبات فرضية الموالاة وسنجعلها على هذا الترتيب فى الأدلة والنظر .

النيـــة

للنية معنيان : أولها قصد الشىء مقترنا بفعله . ثانيهما قصد التقرب وامتثال الأمر . فان فسرت النية بالأول وهو العام . كانت ثمرة الخلاف بين المثبتين لفرضيتها فى الوضوء والنافين لها صحة وضوء الذاهل والملقى فى الماء وعدمها . أما الفعل الصادر قصداً واختياراً فهو على هذا وضوء — شرعى باتفاق الطرفين وان لم يكن بنية رفع الحدث أو استباحة الصلاة أو مالا يحل الا به كالوضوء بقصد التبرد أو التنظيف الذى تجرى به عادة الناس لكن المنصوص عليه فى كتب الأئمة الثلاثة أن الوضوء بقصد التبرد أو التنظيف ليس وضوءاً شرعياً وعلى هذا يكون محل الخلاف بينهم هو المعنى الثانى الخاص .

فغير الحنفية يقولون بفرضية قصد التقرب او رفع الحدث مثلا والحنفية يقولون بعدم فرضيته فى الوضوء فالمدفوع فى الماء والمتبرد به متوضئان عندهم خلافا للأئمة الثلاثة .

ومقتضى النظر أن مطلق القصد شرط طبيعى لتحقيق الفعل الاختيارى وبعدمه لا يصدق على الشخص (انه فعل) فالمدفوع الى الماء ومن صب عليه الماء حتى عمه لا ينسب اليهما الفعل يشهد بذلك اللغة والعرف .

وإذا كان القصد العام شرطا طبيعيا لتحقق نسبة العقل للفاعل فلا معنى للقول بوجوبه أو سنيته . والذى يصح أن يكون فرضا أو سنة إنما هو قصد التقرب أو امتثال الأمر . وبذلك تنحصر ثمرة الخلاف فى المتبرد والمتنظف ويرشد الى هذا تفسير الحنفية للنية التى جعلوها سنة بقولهم (قصد إزالة الحدث أو اباحة الصلاة وهى فرض عند الشافعى وسنة عندنا) فانه صريح فى ان محل الخلاف هو المعنى الخاص ولم تجد منهم من فسر النية فى محل النزاع بمجرد القصد حتى تكون حركة الذاهل فى الماء وضوءا عندهم إلا ان تفريعاتهم وبعض كلماتهم فى الاستدلال صريحة فى اعتباره وضوءا لنا كان محل الخلاف النية بالمعنى الخاص .

فغير الحنفية يثبتون فرضيته والحنفية ينفونها ، ولايخفى أن نفى المقيد يصدق القيد فقط وينفى المقيد فما ليس فيه قصد أصلا . وما قصد به غير التقرب وضوء عند الحنفية وليس وضوءا عند غيرهم هذا وقد علمت ما يقضى به وجه النظر فى محل الخلاف وهو أن يتوجه النفى إلى القيد فقط .

الادلة

استدل الجمهور على فرضية النية فى الوضوء بما يأتى :

أولا — قوله ﷺ فى المتفق على صحته (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى) قالوا : إن الوضوء عمل . وقد أفاد الحديث أن العمل لايوجد شرعا إلا بنية وهو عام لايختص به بعض دون بعض .

ثانيا — قوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) نفى سبحانه وتعالى أن يكون قد أمرنا بشىء إلا بعبادته مخلصين له الدين الذى أمرنا به . وهو عام يشمل جميع ما أمرنا به . والوضوء مأموربه . فلزم فيه إخلاص النية لله .

ثالثا — قالوا الوضوء عبادة ذات أركان فوجبت فيها النية كالصلاة : والوضوء طهارة من حدث تستباح بها الصلاة فلا تصح بلا نية كالتيمم .

رابعا — قوله تعالى فى آية الوضوء (فاغسلوا وجوهكم) . الآية فانه قد أمر به عند القيام إلى الصلاة . ومثل هذا يدل على طلب الفعل لأجل الشرط نظيره اذا لقيت العالم فترجل فالمطلوب غسل الأعضاء لأجل الصلاة وهو معنى النية .

واستدل الحنفية بما يأتى :

أولا — ان آية الوضوء لم تأمر إلا بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح بالرأس ومقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به من غير توقف على شيء آخر وإثبات فرضيتها بحديث الآحاد زيادة على نص الكتاب والزيادة على الكتاب نسخ لا يصح بالآحاد .

ثانياً — ان الوضوء طهارة بماء فلا تشترط لها النية كازالة النجاسة . وأيضاً ان الوضوء شرط للصلاة لا على طريق البدل فلا تجب له نية كستر العورة .

ثالثاً — من الفروع المتفق عليها أن الذمية لو انقطع حيضها يحل لزوجها المسلم وطؤها إذا اغتسلت ولو كانت النية فرضاً لما حلت لزوجها ولا قائل بالفصل بين الغسل والوضوء .

هذا هي أدلة الفريقين فى المسألة : وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر فقيل للجمهور إن الحديث وارد فى قبول الأعمال وعدم قبولها ولا دخل له فى الصحة وعدمها ويدل عليه قوله : فمن كانت هجرته الخ ولا يلزم من توقف القبول على النية توقف الصحة عليها فكم من عمل صحيح شرعا غير مقبول . وظاهر أن تحقق الوضوء شرطا لصحة الصلاة لا يتوقف على أن يكون مقبولا بل يكفى أن يكون صحيحا شرعا .

وقيل لهم فى آية وما أمروا إلا ليعبدوا الخ على فرض أن العبادة أعم من التوحيد . فنحن نقول بموجبها أن الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية والاخلاص لله . والوضوء باعتباره شرطا للصلاة لا يلزم أن يكون عبادة وليس كل مأمور به عبادة فان المأمور به قسمان : مأمور به لذاته ، كالصلاة .

وهذا عبادة لابد فى صحته من النية . ومأمور به لغيره والمطلوب حصوله لا تحصيله شأن الوسائل والشروط والوضوء من قبيل الثانى لا الأول . على أن الاخلاص المذكور فى الآية هو الاخلاص المعتبر فى القبول عند الله . وليس هو النية المعتبرة شرطا لصحة العمل فانها توجد بدونه كما فى المرائى وضوئه وصلاته

وقيل لهم فى آية الوضوء إن غاية ما تدل عليه وجوب الوضوء حين تحقق الشرط أما أن يقصد المتوضى حين الغسل أن وضوءه لأجل الصلاة وأنه امتثال الأمر فلا تدل عليه .

وقيل لهم فى القياس الأول لا نسلم أن الوضوء من جهة كونه شرطا للصلاة عبادة . نعم قد يكون عبادة وعندئذ لابد له من النية . وفى القياس الثانى أنه قياس مع الفارق ، لأن الوضوء بالماء الذى هو مطهر بنفسه أما التيمم فهو بالتراب الملوث بطبعه ولا يكون مطهرا إلا بالنية ويدل عليه أن التيمم لا يزيل الحدث بدليل وجوب الوضوء إذا وجد المتيمم ماء . فالتيمم تعبد محض ولابد فى مثله من النية . والوضوء ليس كذلك . على أن هذا القياس فاسد فى ذاته . لأن شرط صحة القياس ألا يكون الأصل متأخرا فى المشروعية عن الفرع ولا شك أن التيمم متأخر فيها عن الوضوء

* * *

وقيل للحنفية : سلمنا أن آية الوضوء لم تأمر إلا بما ذكر فيها ولكن نمنع قولكم إن مقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به بل مقتضى الأمر عند الجميع وجوب المأمور به وهذا لا يمنع أن الشارع اشترط له شروطا أخر استفيدت من دليله أو من غيره . ألا ترون أن التيمم مأمور به ومع ذلك لا يجزىء مجردا عن نية الطهارة أو رفع الحدث .

ولا نسلم أن فرضية النية ثبتت بحديث الآحاد . انما ثبتت بعمومات الدين القاضية بالاخلاص فى العبادات فليس من قبيل الزيادة على الكتاب بخبر الواحد كما تظنون ولو سلمنا انه بحديث الآحاد فكم أثبتت أحاديث الآحاد ما ليس فى القرآن. وفرق بين إثبات مالم يعرض القرآن له بنفى أو إثبات ما عرض القرآن لنفيه . والممنوع هو الثانى لا الأول وآية الوضوء وان لم تثبت النية فليس فيها ما ينفيها . أما قياسهم على إزالة النجاسة فقياس مع الفارق إذ المقصود فى المقيس عليه إزالة أمر حسى فيكفى حصوله أما المقصود فى الوضوء فازالة مانعية حكمية شرعية فالتعبد فيها هو الظاهر فتحتاج إلى النية وبهذا الاعتبار كان قياسه على التيمم أولى من قياسه على إزالة النجاسة وأما قياسهم الوضوء على ستر العورة فقياس مع الفارق لأن ستر العورة أدب عام يطلب من غير المكلف وممن ليس أهلا للصلاة والعبادة كمجنون وصبى لا يميز أما الوضوء فشرط خاص بالصلاة وما ألحق بها فيأخذ حكمها .

أما حل وطء الذمية بالغسل المجرد عن النية فضرورة دعت إليها حالة الزواج ولذا لا يعتد بهذا الغسل بعد إسلامها فى الصلاة ومثلها . وقد أباح الشارع نكاح

الكتابية مع العلم بعدم التزامها أحكام الدين وعدم صحة النية منها فدل ذلك على أنه يترخص فى النكاح وتوابعه مالا يترخص فى غيره من العبادات . هذا ماناقش به كل فريق أدلة الآخر والكلام كما ترى سجال وليس من شيء يستدل به أحد الفريقين الاويوجه عليه من قبل الآخر نقداومنع . أما الذى نرى فيتبين مما يأتى

لاشك أن محل النزاع هو النية بمعنى قصد رفع الحدث لاالنية بمعنى إخلاص العمل فانها بهذا المعنى شرط فى القبول ولا يلزم من عدمها عدم النية بالمعنى الأول وبهذا يتضح أن استدلال الأئمة الثلاثة بحديث . إنما الأعمال بالنيات وآية . وما أمروا إلاليعبدوا الله مخلصين استدلال فى غير محل النزاع وقد سبق بيانه .

ولا شك أن الوضوء مأموربه شرطا للصلاة ، والآية صريحة فى طلبه عند إرادتها ومثل هذا التركيب يدل لغة وعرفا على أن الجزاء مطلوب للشرط كما سبق بيانه . ومقتضى الأمر وجوب المأمور به على الوجه المأمور به وقد علمت دلالة الآية على طلب الوضوء للصلاة وهو معنى افتراض النية . ومن هذا يتبين أنه لادخل لحديث الآحاد فى اثبات الفرضية حتى يقال لايرد به على الكتاب .

ولاشك فى أن الوضوء كالتيمم كلاهما مأمور به طهارة شرعية ترفع مانعية شرعية حكمية وتبيح مالا يستباح مع تلك المانعية . وهذه الطهارة محض اعتبار من الشارع لامدخل للماء ولا للتراب فيه حسا فجهة التعبد فيها ظاهرة ومثلها يحتاج إلى النية . وكان من أثر ذلك الاجماع على وجوب النية فى التيمم أما قول الحنفية أن الماء خلق طهورا فلايحتاج فى تطهيره الأعضاء الى نية فلا يفيد لأن طهورية الماء الواردة فى قوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا . المراد بها الطهورية الحسية التى هى صفاء الماء ونقاؤه من الشوائب التى تضعف خصائصه . يدل على ذلك سياق الآية وسباقها انظر قوله تعالى « لنحيي به بلدة ميتا ونسقيه مما خلقنا أنعاما وأناسى كثيرا » . وبذلك تعلم أن الآية بمنجاة عن الطهورية الشرعية التى كلامنا فيها على أنه كما ورد أن التراب طهور وكما قال الله فى جانب الماء ليطهركم به . قال فى جانب التراب ليطهركم به نعم اعتبر الشارع الماء أصلا فى تلك الطهارة الشرعية لكن ذلك لايقتضى أن بينهما فرقا من حيث إزالة المانعية التى باعتبارها تجب النية وأما قول بعض الحنفية ان النية وجبت فى التيمم لتصريح آيته بالقصد ولم يوجد

ذلك فى آية الوضوء فقد رده الكمال بأن الضد الذى ينبىء عنه التيمم ليس هو القصد المشروط فى الصحة الذى هو قصد استباحة الصلاة أو ما لا يحل إلا به . والذى فى الآية قصد التراب لاستعماله . ولعلك بعد التأمل فيما سلف يظهر لك رجحان القول بفرضية النية فى الوضوء وأن عموم الماء للأعضاء بدون قصد أصلا أو بقصد التبرد ليس غسلا للصلاة حتى يؤدى مهمته الشرعية ويحقق المأمور به كما أمر به .

التدليك

عرف المالكية الدلك الذى جعلوه من فرائض الوضوء بقولهم : إمرار اليد على العضو ولو بعد صب الماء قبل جفافه واستدلوا على فرضيته بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى . فاغسلوا . قالوا ليس الغسل مجرد إصابة الماء للعضو فان ذلك يتحقق بالغمس وبالصب ولا يقال لواحد منهما فى اللغة بمجرده إنه غسل . والمعروف فى اللغة والعرف أن إصابة الماء لا تكون غسلا إلا إذا صاحبها الامرار بشيء آخر على الجسم ولا نعنى بالدلك أكثر من هذا وقوله تعالى فى آية الغسل وإن كنتم جنبا فاطهروا . قالوا : الصيغة للمبالغة والمبالغة إنما تكون بالدلك .

أما السنة . فقد ذكر لهم منها أن النبى ﷺ حين علم عائشة الغسل من الجنابة أمرها بالدلك والتتبع . ومنها أنه قال . ان تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وأنقوا البشرة .

أما القياس . فقاسوا طهارة الحدث على إزالة النجاسة حيث لا تجزىء إلا بالعرك وهو الدلك .

واستدل الجمهور بأنه ليس فى آية الوضوء ما يفيده ولا فى السنة ما يثبته أما الآية فلم يذكر فيها سوى الغسل وهو إصابة الماء للعضو وأما السنة فكل من وصف وضوءه ﷺ لم يذكر فيه التدليك والثابت فى صفة غسله عليه الصلاة والسلام مجرد الإفاضة نعم كان يتتبع مواضع الشعر ليصل الماء إلى البشرة لا لأن الدلك مفروض . فلعائشة رضى الله عنها فى الصحيحين « ثم أفاض على سائر جسده » ولميمونة فيما رواه الجماعة « ثم أفرغ على جسده » ولأم سلمة فيما رواه الجماعة الا البخارى

« إنما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » وهكذا سائر ما روى عنه ﷺ عملا وتعليما فى الغسل ، وإذا لم يكن التدليك واجباً فى الغسل لا يكون واجبا فى الوضوء فالقول بفرضيته قول بلا مستند وزيادة محضة على مافى الكتاب والسنة فلا يعول عليه . هذا وقد ناقش الجمهور أدلة المالكية فمنعوا دخول الدلك فى مفهوم الغسل لغة ، ومنعوا دلالة صيغة المبالغة فى آية (وإن كنتم جنبا فاطهروا) عليه بأنها جاءت فى التيمم « ولكن يريد ليطهركم » مع أنه مسح خفيف بالإجماع وقالوا ليس قياس غسل الجنابة على إزالة النجاسة التى تحتاج إلى ذلك بأولى من قياسه على إزالة النجاسة التى يكفى فى إزالتها صب الماء فقط على أن النجاسة عين تجب إزالتها وليس فى جلد المحدث عين تجب إزالتها فلا يصح هذا القياس.

هذا والمتتبع للاستعمال العربى يجد فرقا كبيراً بين معانى الألفاظ الآتية :

أسال — صب — غمس — غسل . فالاسالة إرسال الماء على الجسم . والصب إنزاله عليه . والغمس إدخال الجسم فيه . والغسل امرار اليد أو نحوها بالماء على الجسم لتنظيفه وإزالة مابه من الأدران . وهذا فرق لا يمكن انكاره .

وفى الحديث أن النبى ﷺ أتى بصبى لم يأكل الطعام فبال على ثوبه فأتبعه الماء ولم يغسله وهو نص فى الفرق الذى ذكرنا . ومن هذا يتبين أن امرار اليد أو نحوها داخل فى مفهوم مادة غسل قد عبر بها القرآن فى جانب كل من الوضوء والغسل (فاغسلوا وجوهكم . حتى تغتسلوا) فكان مقتضاه اشتراط امرار اليد فى كل منهما وبه قال مالك رضى الله تعالى عنه غير أن من وصف غسل النبى ﷺ أو تعلم منه الغسل لم ينقل أنه أمر يده أو نحوها بالماء على الجسم كله أو أمر بذلك .

وإنما نقل أنه كان يغسل أعضاء الوضوء ثم يفيض الماء على سائر جسده بلفظ الإفاضة أو الافراغ وكان ذلك دليلا على أن المراد بمادة غسل فى جانب الغسل مجرد الإفاضة .

ولعل ذلك لما فى التزام الامرار بسائر الجسد من الحرج والمشقة ما يوجبه الشارع الذى قال فى معرض الطهارة .

ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج وبقيت المادة فى أعضاء الوضوء على معناها المعروف وهو إمرار اليد بالماء على العرض نظراً لعدم الحرج فى ذلك وليس الناس بحاجة إلى نقل الدلك عن رسول الله مادامو مجمعين على أنه كان يغسل الأعضاء ومن

ضرورة الغسل الدلك كما عرفت يرشد إلى ذلك أن الرواة يذكرون فى صفة اغتساله مادة الغسل بالنسبة لأعضاء الوضوء وكلمات الافاضة والافراغ والحثى بالنسبة لسائر الجسد فوقع ذلك بيانا للمراد من المادة فى جانب الاغتسال .

ومن هذا يظهر أن مقتضى الدليل فرضية الدلك فى الوضوء وفى غسل أعضائه فى الغسل . ولو ذهب إلى ذلك ذاهب لما كان بعيدا . قال الكمال فى فتح القدير تعليقاً على قول صاحب الهداية : «والغسل هو الاسالة» .

يفيد أن الدلك ليس فى حقيقته خلافا لمالك فلا يتوقف تحققه عليه ومرجعهم فيه قول العرب غسل المطر الأرض وليس فى ذلك إلا الأسالة وهو ممنوع بأن وقعها من علو خصوصا مع الشدة والتكرار ذلك أى دلك وهم لايقولونه إلا إذا نظفت الأرض وهو إنما يكون بالدلك . وبأنه غير مناسب للمعنى المعقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة للقيام بين يدى الرب سبحانه وتعالى تخفيفا وإلا فالقياس الكل والناس بين حضرى وقروى خشن الأطراف لايزيل ما استحكم فى خشونتها إلا الدلك . فالأسالة لاتحصل مقصود الشرعية اهـ .

ولعلك تجد فى قوله بيانا للحكمة . تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة تخفيفاً مايقرب لك وجه التفرقة التى ذكرنا بين أعضاء الوضوء وسائر الجسد من اعتبار الدلك فى الأول دون الثانى .

الترتيب

الترتيب هو الاتيان بفرائض الوضوء مرتبة على النحو الذى ذكرت به فى النظم الكريم .

واستدل الشافعية والحنابلة على فرضيته فى الوضوء بالكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فآية الوضوء نفسها وذكروا لذلك وجهين .

الأول — أن أعضاء الوضوء لم تذكر فى الآية بترتيب وجودها فى الخارج كالرأس واليدين والرجلين . ولا بقاعدة ضم المتجانس بعضه الى بعض كان يذكر المغسول ثم الممسوح . وانما وردت على هـــذا الترتيب الخاص الذى خالف مقتضى الترتيب الخارجى ومقتضى الظاهر على ماأسلفنا . فورود الآية على هذا الوجه

لابد له من فائدة ، وليس هناك مايصلح فائدة إلا الدلالة على أنه واجب فى الوضوء وإلا لما قطع النظير عن النظير ، وخولف الترتيب الوجودى . وبذلك الوجه تكون الآية ظاهرة فى الترتيب .

الثانى — سلمنا أن الآية ليست ظاهرة فيه ولكنها من غير شك تحتمله احتمالا مساويا وقد ترجح جانبه بقوله عليه الصلاة والسلام ابدأوا بما بدأ الله به . وهذا أصل عام يعمل به فى كل ما أشبه سببه لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيتصل هذا بآية الوضوء بيانا ويدل على وجوب الترتيب فيه .

أما السنة فقد مضى عمل الرسول ﷺ وأصحابه من بعده على التوضؤ بالترتيب المنصوص عليه فى الآية وكل من نقل وضوءه ﷺ وصفه مرتبا ولم ينقل فى ذلك خلاف لأحد مع كثرة الرواة وكثرة المواطن التى رأوه فيها فلو جاز الوضوء غير مرتب لترك الترتيب فى بعض الأوقات ولو مرة تعليما الجواز كما ترك التكرار فى أوقات لذلك .

أما القياس فقالوا أنه عبادة تشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض فى تحقيق الغرض المقصود منها : فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج واستدل الحج أو استدل الحنفية والمالكية بما يأتى :

أولا — عطفت آية الوضوء أعضاءه بعضها على بعض بالواو وهى لا تقتضى الترتيب فعلى أى وجه تحققت جملة المطلوب فقد أجزأت وضوءاً شرعيا فالقول بوجوب الترتيب زيادة على النص بغير مستند فلا تقبل .

ثانيا — روى البخارى عن عمار بن ياسر أنه ﷺ علمه التيمم فمسح بيديه قبل وجهه ولا فرق بين الوضوء والتيمم . وروى عن على وابن مسعود « ماأبالى بأى أعضائى بدأت » وعن ابن مسعود « لابأس أن تبدأ برجليك قبل يديك فى الوضوء » وعن ابن عباس « أنه ﷺ توضأ فغسل وجهه ثم رجليه ثم مسح رأسه » .

ثالثا — الوضوء طهارة فلا يجب فيها ترتيب كالغسل وكتقديم اليمين على الشمال وقالوا لو اغتسل المحدث دفعة واحدة ارتفع حدثه . هذا والمعول عليه عندهم فى عدم فرضية الترتيب هو البراءة الأصلية وعدم قيام حجة عليه قال ابن نجيم فى شرح

الكنز (والحاصل أنه لاحاجة إلى إقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به) .

* * *

قيل للشافعية والحنابلة إن فائدة ورود النظام على هذا الترتيب لا يلزم أن تكون هى الدلالة على وجوب الترتيب لم لايجوز أن تكون هى التنبيه على وجوب الاقتصاد فى صب الماء على الأرجل نظرا لأنها مظنة الاسراف فلايفيد وجوب الترتيب .

وقيل لهم إن حديث . أبدأوا بما بدأ الله به حديث آحاد فلا يثبت به الفرض ولا يزاد به على الكتاب . وقيل لهم . إن المواظبة لاتدل على الوجوب لتحققها فى المضمضة والاستنشاق مع قولكم بعدم وجوبهما فى الوضوء والدلالة على الجواز تستفاد من عدم الانكار على من لم يفعل فلا تتوقف إقامة الجواز على تركه ﷺ وقيل لهم فى القياس قياس فى العبادة وهو غير جائز : سلمنا ولكنه فى إثبات الشرط الشرعى وهو لايثبت به وقيل للحنفية والمالكية قولكم العطف بالواو وهى لاتقتضى الترتيب مسلم عند عدم القرائن الدالة على إرادة الترتيب والقرائن الدالة عليه كثيرة وهى المواظبة وحديث ابدأوا ومخالفة مقتضى الظاهر فى الأسلوب العربى ومعنى المروى عن على وابن مسعود عدم الترتيب بين اليمين والشمال ونحن لانقول به . وذلك لأنهما لم يذكرا مرتبين بل جملة واحدة كالجسم فى الغسل فلا يصح القياس عليه . أما رواية ابن مسعود الثانية وحديث ابن عباس فلم يثبت واحد منهما كما نص عليه علماء الرواية والحديث والفرع الذى ذكروا غير مسلم ولوسلم فرفع الحدث الأصغر بالغسل لأنه يرفع الأكبر والأصغر فى ضمنه فلم يكن للوضوء فائدة فى أصل رفع الحدث .

* * *

والذى نراه أن النافين فى وجوب الترتيب يشعرون بضعف أدلتهم التى أوردوها على عدم فريضته فراحوا يقولون لاحاجة الى إقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به وهى كلمة حق لأن الوجوب خلاف الأصل ومدعيه مطالب بدليله وقد أتى فعلا بأدلة إن لم تثبت الفرضية فلا أقل من أن تثبت الوجوب

الذى يترتب على تركه عند الحنفية لزوم الاعادة أو استقرار كراهة التحريم وأما الفائدة التى أبدوها للترتيب وهى الاقتصاد فى صب الماء ففائدة ليس من شأنها أن تقصد فى هذا المقام كيف والاقتصاد فى صب الماء على العموم تكفلت به عمومات وخصوصات وهو فوق ذلك ليس من مقومات الوضوء التى سيقت الآية بجوهرها وأسلوبها لافادتها .

وقولهم ان حديث «ابدأوا» حديث آحاد فلا تثبت به فرضيته مبنى على قولهم الزيادة على الكتاب نسخ وهو غير مسلم . ولو سلم فالحديث متصل بالآية بيانا لارادة أشد الاحتمالين . والثبوت فى مثل هذا مضاف الى المبين باتفاق .

وقد أخذ المالكية والحنفية بهذا الحديث فى باب الحج وقالوا (إن بدأ بالمروة لايحتسب هــــذا الشوط) وأثبتوا به شرطية البداءة فى وجوب السعى بالصفا ، وقولهم ان المواظبة لاتدل على الوجوب لتحققها فى المضمضة والاستنشاق مع عدم وجوبهما لايسلمه الحنابلة لأنهم يقولون بوجوبهما فى الوضوء . وللشافعية أن يقولوا أن إسم الوجه لا يتناول إلا مابه المواجهة وداخل الفم والأنف ليس منه واللفظ فى العربية لايدل عليهما بخلاف الترتيب فان الاسلوب كما ذكروا يدل عليه على أن الحق وجوب المضمضة والاستنشاق فى الوضوء . قال الشوكانى نقلا عن صاحب الفتح « وذكر ابن المنذر أن الشافعى لم يحتج على عدم وجوب الاستنشاق مع صحة الأمر به الا لكونه لايعلم خلافا فى أن تاركه لايعيد وهذا دليل فقهى فانه لايحفظ ذلك عن أحد من الصحابة والتابعين إلا عن عطاء وهكذا ذكر ابن حزم فى المحلى» ثم ساق الشوكانى بعد ذلك حديث الأمر بهما والمبالغة فيهما إلا فى الصوم « قال أبو الحسن ابن القطان . فهذا أمر صريح صحيح وانضم اليه مواظبة النبى ﷺ فثبت ذلك عن النبى ﷺ قولا وفعلا مع المواظبة » وختم المسألة بقوله : إذا تقرر هذا علمت أن المذهب الحق وجوب المضمضة والاستنشاق والاستنثار اه وبهذا بطل الاستدلال بهما على أن المواظبة لا تقضى الوجوب . ونقول هنا أيضاً . أن النبى ﷺ لم يترك الترتيب فى الوضوء قولا ولا فعــــلا ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنهم نكسوا وضوءهم حتى يتوجه اليهم إنكار وذلك أنهم ما كانوا يفهمون من أسلوب الآية وفعل الرسول المتكرر الدائم وتعليمه العام إلا لزوم الترتيب

فى الوضوء ولما لم توجد مواظبة على الترتيب فى التيمم فهم أن الترتيب غير مراد فى آيته وكان ذلك بيانا فيه يخالف البيان فى آية الوضوء على أن مخالفة الظاهر فى الاسلوب غير موجودة فى التيمم لأن اليد بعد الوجه فى الجسم والوظيفة فيهما واحدة وهى المسح فلم يتحقق الفصل بين المغسول والممسوح حتى يلتمس له نكته وتكون النكتة الترتيب فظلت الواو على أصلها وعلى ذلك جاء قول الرسول وفعله واستمر الصحابة على ذلك لا يعرفون غير الترتيب فى الوضوء ولا يتوضأون إلا مرتبين ثم درج المسلمون فى جميع العصور على الترتيب ولم يؤثر خلاف ذلك .

الموالاة

هى متابعة أفعال الوضوء بحيث لا يقع بينها ما يعد فاصلا فى العرف استدل المالكية والحنابلة على فرضيتها بما يأتى :

أولا : ماروى خالد بن معدان عن بعض أزواج النبى ﷺ (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلى فى ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبى ﷺ أن يعيد الوضوء) رواه أحمد وأبو داود . وزاد : والصلاة : قال الأثرم . قلت لأحمد هذا اسناده جيد . قال جيد .

ثانيا : أمر الكتاب بغسل الأعضاء المخصوصة وهو محتمل أن تغسل متتابعة أو غير متتابعة فجاءت السنة العملية التى لم ينقل عن الرسول خلافها مبينة للتتابع وعلى التتابع درج الأصحاب ومن بعدهم .

واستدل الآخرون بما رواه جرير بن حازم قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا جاء إلى النبى ﷺ وقد توضأ وترك على ظهر قدمه مثل موضع الظفر فقال له النبى ﷺ ارجع فأحسن وضوءك رواه أحمد وأبو داود والدار قطنى . وقال تفرد به جرير بن حازم عن قتادة وهو ثقة . ووجه الاستدلال أنه لم يأمره إلا بالاحسان وهو يتحقق بغسل ذلك العضو الذى ترك شىء منه . ثم قالوا فى حديث المثبتين ان ابن المنذر أعله ببقية ابن الوليد لأنه عنعنه وقال « عن بحير » وهو ضعيف إذا عنعن لتدليله وأن ابن القطان والبيهقى حكما عليه بالارسال لأنه لم يسم فيه الصحابى والاحتجاج به موضع نظر وأن النووى قال : حديث خالد ضعيف الاسناد .

وأنت بعد أن علمت أن الأثرم سأل احمد عن اسناده فقال له جيد وأنه قال له إذا قال رجل من التابعين حدثني رجل من أصحاب رسول الله لم يسمه فالحديث صحيح قال نعم . وأن بقية صرح بالتحديث كما هو في المستدرك . وأن ابن حجر أنكر على النووي تضعيف الحديث . لاتشك بعد ذلك كله في صلاحية حديث خالد للاستدلال والبيان كيف وقد اتصلت به المواظبة فلم يبق سوى قولهم أن الأمر بالاحسان لا يقتضي الأمر بالاعادة ولاشك أن الاعادة مما يتحقق بها الاحسان فليحمل الأمر بالاحسان عليها جمعا بين الأدلة وعملا بالاحتياط الواجب في العبادة

وبعد فانا لانكاد نفهم أن رجلا يذهب ليتوضأ فيغسل وجهه ثم ينصرف لحاجة ما ويمضي ماشاء أن يمضي من الزمن ثم يعود فيغسل يديه ثم ينصرف لأخرى ويمضي فيها ماشاء من الزمن ثم يعود فيمسح برأسه ثم ينصرف ثم يعود فيغسل رجليه ثم يكون بعد ذلك كله متوضأ وضوءاً شرعيا بحجة « أن مرور الزمن ليس من نواقض الوضوء شرعا » وليس من شك في أن مثل هذا لا يكون إلا لاعبا غير مكترث ولو أنه فعل ذلك بأكله وشربه عد عابثا هازلا ولأنكر فعله العقلاء نعم للعاجز عن الموالاة حكم يخصه كسائر العاجزين عما كلفهم الله .

قراءة المؤتم

« اتفق العلماء على أن الامام لا يحمل عن المأموم شيئا من فرائض الصلاة غير القراءة أما القراءة فقد اختلفوا فيها على مذاهب .

ذهب الحنفية إلى أن القراءة ساقطة عن المأموم سرية كانت الصلاة أم جهرية ولو قرأ كره تحريماً . وقال السرخسي تفسد صلاته في قول عدة من الصحابة . منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص ونسب إلى محمد في شرح الهداية أنه استحسن للمؤتم أن يقرأ الفاتحة احتياطا ولكن قال صاحب الفتح « والحق أن قول محمد كقولهما » ونقل من كتب محمد ماهو صريح في منعه من القراءة ثم قال « ولايخفى أن الاحتياط في عدم القراءة خلف الامام لان الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين وليس مقتضى أقواهما القراءة بل المنع » .

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على المؤتم غير أنه يقرأ الفاتحة فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفاتحة والسورة إذا كانت سرية .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن القراءة لاتجب على المؤتم مطلقا . غير أن المالكية قالوا تندب فى السرية وإن جهر فيها الامام وتكره فى الجهرية وان لم يسمع من الامام .

أما الحنابلة فقالوا تسن قراءته فى سكتات الامام وفى الحالات التى لا يسمع فيها الامام لاسراره أو بعده .

ويتلخص أن الحنفية يمنعون المؤتم من القراءة مطلقاً . والشافعية يوجبونها مطلقاً . والحنابلة والمالكية لا يوجبون ولا يمنعون . بل يستحبها الحنابلة فى السكتات وما ألحق بها سرية كانت الصلاة أم جهرية يستحبها المالكية فى السرية فقط .

الادلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى : (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أخرج البيهقى عن الامام أحمد قال : أجمع الناس على أن هذه الآية فى الصلاة . وأخرج عن مجاهد كان ﷺ يقرأ فى الصلاة فسمع قراءة فتى من الانصار فنزل « واذا قرىء القرآن الآية » .

وعلى فرض أن الآية لم تنزل فى الصلاة فالعبرة كما قرر الاصوليون بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والآية تطلب من المكلفين استماعا وهو خاص بالجهرية وانصاتا وهو يعم السرية والجهرية فيجب على المخاطبين أن يستمعوا فيما يجهر به وأن ينصتوا فيما يسر به وكان مقتضى ذلك أن يكون الاستماع فرضا تركه حرام . لكن العمومات القاضية بطلب القراءة من كل مصل جعلت دلالة الآية ظنية مفيدة للوجوب الذى يوجب مخالفته كراهة التحريم .

أما السنة ، فمنها ، ماروا. أبو حنيفة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال . من صلى خلف إمام فان قراءة الامام له قراءة . وهذا عام كما ترى فيشمل الجهرية والسرية . ويؤيده ماجاء فى إحدى رواياته أن رجلا قرأ خلف رسول الله ﷺ وكان ذلك فى الظهر أو العصر . فجعل رجل من أصحاب النبى ﷺ ينهاه عن القراءة فى الصلاة ، فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أتنهانى عن القراءة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتنازعا حتى ذكر ذلك

للنبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم (من صلى خلف إمام الحديث) ، فهذه القصة تدل على منع القراءة لأن جواب النبي صلى الله عليه وسلم فيها خرج تقرير النهي الصحابي عن القراءة فى الصلاة وقد كانت الصلاة سرية ، وإذا تقرر النهى فى السرية فمن باب أولى يتقرر فى الجهرية وهذا الحديث قد رفعه عدد من المحدثين بطرق صحيحة ورواه أحمد عن جابر باسناد قال فيه . إسناد صحيح متصل رجاله كلهم ثقات ، ومنها ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا وإذا قرأ فانصتوا . صححه مسلم .

ومنها ماروى عن عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر فجعل رجل يقرأ خلفه سبح اسم ربك الأعلى فلما انصرف قال . أيكم قرأ أو أيكم القارىء فقال الرجل . أنا ، فقال لقد ظننت أن بعضكم خالجنيها ، متفق عليه ، ومعنى خالجنيها نازعنيها ، وهذا الكلام يدل على إنكار القراءة وإذا أنكرت فى الظهر وهو صلاة سرية ففى الجهرية أولى .

هذا وقد وردت آثار عن كثير من الصحابة وكلها صريحة فى المنع عن القراءة فمن على « ليس على الفطرة من قرأ خلف الامام ، وعن ابن مسعود - وقد سئل عن القراءة خلف الامام - أنه قال : أنصت فان فى الصلاة شغلا ويكفيك الامام . وعنه أن من قرأ خلف الامام ملىء فوه ترابا وعن سعد بن أبو وقاص . وددت الذى يقرأ خلف الامام فى فيه جمرة .

وأما القياس فقالوا . لو وجبت على المأموم لما سقطت عن المسبوق كسائر الأركان فقاسوا قراءة المؤتم . على قراءة المسبوق فى حكم السقوط فتكون غير مشروعة والاشتغال بغير المشروع مكروه .

واستدل الشافعية أولا بقوله تعالى فاقرءوا ماتيسر منه وبقوله ﷺ لا صلاة إلا بقراءة . وقوله لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب . غير ذلك من العمومات القاضية بفرضية القراءة على كل مصل مأموما كان أم غيره قالوا . ولا يصح العدول عن مقتضى العام الالصارف ناهض وليس ثمت مايصلح لذلك فبقيت القراءة فرضا على الكل واستدلوا ثانيا بحديث أبى هريرة يرفعه . من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج غير تمام قال الراوى : فقلت ياأبا هريرة انى أكون أحيانا

وراء الامام . فغمزنى فى ذراعى وقال اقرأ بها فى نفسك يا فارسى . رواه مسلم وأبو داود . وبحديث عبادة بن الصامت قال . صلى رسول الله ﷺ الصبح فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال إنى أراكم تقرءون وراء إمامكم . قال : قلنا يا رسول الله أى والله . قال : لا تفعلوا الا بأم القرآن فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها . رواه أبو داود والترمذى فهذه الأحاديث خاصة بقراءة المأموم وهى صريحة فى فرضيتها .

ثم قالوا . إن صحت . أحاديث الحنفية فهى بهذه الأحاديث محمولة على غير الفاتحة جمعا بين الأدلة المثبتة للقراءة والنافية لها .

واستدلوا ثالثا . بأن القراءة ركن فلا تسقط عن المأموم كسائر الأركان .

واستدل المالكية والحنابلة على عدم وجوب القراءة فى حق المأموم بما استدل به الحنفية وقالوا أن غاية ما تدل عليه عدم الوجوب لا النهى عنها المقتضى للتحريم واستدلوا أيضا بما روى عن أبى الدرداء . قال سئل النبى ﷺ أفى كل صلاة قراءة ؟ فقال نعم . فقال رجل من الأنصار وجبت هذه . فقال لى رسول الله وكنت أقرب القوم اليه ما أرى الامام اذا أم القوم الا قد كفاهم . وبما روى عن جابر من صلى صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج إلا أن يكون وراء الامام . والحديثان ظاهران أيضا فى عدم الوجوب . غير أن المالكية . خصوا الأمر بالاستماع والانصات بالصلاة الجهرية وأيده بما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ أحد منكم آنفا ؟ . فقال رجل نعم يا رسول الله قال : فانى أقول مالى أنازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما يجهر فيه من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن وهذا الحديث صريح فى كراهة القراءة للمؤتم حالة الجهر واستدلوا على استحباب القراءة فى حالة السر بقول النبى صلى الله عليه وسلم . إذا أسررت بقراءتى فاقرءوا . رواه الدار قطنى وإنما لم يحملوا الأمر فى هذا الحديث على الوجوب جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بعدم الوجوب وقد تقدمت . أما الحنابلة فتمسكوا بما تمسك به المالكية فى الاستحباب حالة السر وألحقوا بها ما فى معناها من

حالات عدم السماع لبعد أو لآفة . أوسكوت الامام : قالوا لأنه فى تلك الأحوال كلها غير سامع للقراءة فلا يحصل له مقصود الاستماع فأشبه السرية .

* * *

قيل للحنفية : فى الآية . ليس المقصود من الأمر بالاستماع والانصات النهى عن القراءة الواجبة فى الصلاة . بل المقصود ألا يشتغلوا بما يدل على الاعراض عن القران عند قراءته ، يدل عليه ما جاء فى سنن البيهقى عن أبى هريرة ومعاوية أنهما قالا : كان الناس يتكلمون فى الصلاة فنزلت هذه الآية ولا شك أن الأمر باستماع القرآن والانصات له إنما يتجه لمن لم يكن مشتغلا بالقرآن قراءة أو استماعا فالآية لا تمنع القراءة لأن القارىء غير معرض حتى يقال له استمع وأنصت . على أن الظاهر من الآية أنها فى الجهرية لأن مقصود الاستماع لا يتحقق الا فيها وأما قول الحنفية ان المطلوب بها أمران الاستماع وهو خاص بالجهرية والانصات وهو يشمل السرية فهو قول ينبو عن الذوق العربى فان الانصات ليس هو مجرد السكوت بل السكوت العميق بقصد الاحاطة بكل ما يسمع لتدبره وتفهمه وقيل لهم فى الأحاديث . بعد تسليم صحتها ورفعها انها لا تدل على أكثر من عدم الوجوب وهذا لا يستلزم القول بكراهتها تحريما . على أن ظاهر قوله ﷺ ظننت أن بعضكم خالجنيها . انما هو النهى عن الجهر بالقراءة خلف الامام لأن الجهر بها هو الذى يحقق المخالجة . ولا يلزم من انكار الجهر بالقراءة انكارها وقيل لهم فى القياس على المسبوق ان سقوط القراءة عن المسبوق لفوات محلها وهو القيام . وهذا غير متحقق فى المأموم فلا يصح القياس اما الآثار التى رووها فعلى فرض صحتها فهى قول صحابى وهو ليس بحجة على أنه لم يسلم واحد منها عند أهل الترجيح .

* * *

وقيل للشافعية فى العمومات انها مخصوصة بغير المأموم جمعا بين الأدلة لاسيما وقد خصصت من قبل بالمسبوق اتفاقا . على أن صلاة المأموم ليست خالية عن القراءة لأن الشارع أقام قراءة الامام مع استماع المأموم وانصاته مقام قراءة المأموم وقيل لهم فى حديث أبى هريرة أنه محمول على غير المأموم كما جاء مصرحا به فى حديث جابر إلا أن يكون وراء الإمام . أما قول أبى هريرة اقرأ بها فى نفسك .

فقول صحابى . أما حديث عبادة . فقد قال ابن قدامة المقدسى فى الشرح الكبير : لم يروه غير ابن اسحق ونافع بن محمود بن الربيع « وابن اسحق مدلس » ونافع أدنى حالا منه . وقيل لهم فى القياس آن الاستماع قام بالنص مقام القراءة فكان القياس فى مقابلة النص فلا يسمع .

وقيل للحنابلة . ان الآية على فرض أنها فى قراءة الصلاة كما قالوا ظاهرة فى وجوب الإستماع فى الجهرية وهو ينافى القول باستحباب القراءة مطلقاً وقيل للمالكية أن حديث أبى هريرة ضعيف لجهالة أحد رواته . ابن أكيمة والذى يمكن الركون إليه فى هذا المقام يتبين مما يأتى :

« قد وردت فى هذا الباب كما رأيت أحاديث ظاهرها التعارض وقد تناولها جميعا التضعيف والتصحيح ومامن حديث يحتج به فريق إلا ويغمزه الفريق الآخر على حين يجتهد كل فى تصحيح ما تمسك به وقد بلغوا فى هذا الباب أن نالوا من ثقة الامام أبى حنيفة . وهو الذى لاينال فى ورعه وتحفظه . وأنا أمام معركة التعديل والتجريح وقد وصلت إلى هذا الحد لاأستطيع مجاراة المتحاربين حتى نسلك سبيل الترجيح بل نعمد إلى سبيل الجمع والتوفيق وهو خير وأولى) .

لاشك أن الأصل فى قراءة الصلاة الفرضية على كل مصل . وهو ما تقضى به العمومات كتابا وسنه . كما أن آية «وإذا قرىء القرآن» ظاهرة فى وجوب الاستماع على المأموم عند جهر الامام بالقراءة . وقد جاء مؤيدا لهذا الظاهر كثير من الأحاديث وقد مرت بك . وبهذا تخص العمومات الموجبة للقراءة على كل مصل فيخرج منها المأموم فى الصلاة الجهرية وتبقى فى حق المأموم فى السرية على أصلها . ولاشك أن مقصود الاستماع لايتأتى مع القراءة فتكون منهيا عنها فى حالة الجهر لاخلالها به وهو محمل الأحاديث التى تنهى عن القراءة وراء الإمام . أما الأحاديث التى جاء فيها النهى عن القراءة فى السرية فالمقصود بالنهى عنه فيها الجهر والتشويش وسياق الأحاديث يرشد إلى ذلك .

ومن هذا يظهر لك رجحان القول بوجوب القراءة على المأموم فى السرية وما الحق بها وحرمتها فى الجهرية المسموعة وهو مختار الزهور الزهرى وابن المبارك وقول لمالك وأحمد واسحق كما نقله صاحب المجموع عن ابن المنذر .

قال ابن العربي في تفسيره آية (وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) : والذى نرجحه وجوب القراءة في الاسرار لعموم الأخبار أما الجهر فلاسبيل إلى القراءة فيه لثلاثة أوجه . أحدها أنه عمل أهل المدينة . الثاني أنه حكم القرآن . قال الله سبحانه (وإذا قرىء القرآن فاستمعواله وأنصتوا) وقد عضدته السنة بحديثين أحدهما حديث عمران بن حصين (قد علمت أن بعضكم خالجنيها) الثاني قوله وإذا قرأ فانصتوا . الثالث في الترجيح . أن القراءة مع جهر الامام لاسبيل إليها فتى يقرأ ؟ فان قيل يقرأ في سكتة الامام ، قلنا السكوت لايلزم الإمام فكيف يركب فرض على ما ليس بفرض لاسيما وقد وجدنا وجها للقراءة مع الجهر وهى قراءة القلب بالتدبر والتفكير، وهذا نظام القرآن والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة وعمل بالترجيح والله أعلم » .

قصر الصلاة في السفر

اتفق الأئمة على أن للمسافر أن يقصر الصلاة الرباعية فيصليها ركعتين . واختلفوا في حكم ذلك القصر فذهب الحنفية الى أنه واجب عينا على المسافر فليس فرضه إلا الركعتين . حتى إذا نوى أربعا ولم يجلس على رأس الركعتين الأولين بطلت صلاته لتركه فرض القعود الأخير . وإذا جلس صح فرضه وكان الركعتان الأخريان له نافلة . وهو مذهب الهادوية . وقال الخطابي في معالم السنن : « كان مذهب أكثر علماء السلف وفقهاء الأمصار على أن القصر هو الواجب في السفر . وهو قول على وعمر وابن عمر وابن عباس ورأى عمر بن عبد العزيز وقتادة والحسن » .

وذهب الأئمة الثلاثة الى أن القصر ليس بواجب عينا وإنما هو رخصة فالمكلف مخير في إسقاط الفرض بين عزيمة الاتمام ورخصة القصر غير أنهم اختلفوا في حكم هذه الرخصة .

فقال المالكية . إنها سنة مؤكدة يوجب تركها عمدا الاعادة في الوقت وسهوا سجود السهو .

وقال الحنابلة : أنها فضيلة ولاتكره العزيمة وهو المشهور من مذهب الشافعية

إذا كان السفر ثلاثة أيام . وإن كان دونها فالاتمام أفضل . قالوا « وذلك للخروج من خلاف أبى حنيفة وموافقيه » .

وإذا كانت العلة فى أفضلية الاتمام عند الشافعية فيما إذا كان السفر دون الثلاثة هى الخروج من خلاف العلماء فأصل المذهب أفضلية الرخصة وهو عين مذهب الحنابلة : وسنسير على هذا فى الاستدلال إن شاء الله .

الأدلة

استدل الأئمة الثلاثة على أن القصر ليس واجباً عيناً بالكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى « وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا » ووجه الاستدلال أن الله نفى الجناح عنهم فى القصر حين السفر . وهو يدل على مجرد رفع الاثم قال الشافعى : ولا يستعمل لاجناح إلى فى المباح كقوله « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » وقوله تعالى « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء » « ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » « ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتا » وأما قوله تعالى : « إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » فالغرض منه نفى ما كان عليه القوم من التحرج من السعى لمكان الأصنام ؛ وليس لبيان حكم السعى الذى استفيد من دليل آخر » ا ﻫ .

وأما السنة (فأولا) ماروى عن يعلى بن أمية قال : قلت لعمر بن الخطاب (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد أمن الناس : قال : عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته) رواه الجماعة إلا البخارى والتعبير عن القصر بأنه صدقة يدل على مكان الرخصة فيه .

(وثانيا) ماجاء فى صحيح مسلم وغيره ان الصحابة كانوا يسافرون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنهم القاصر ومنهم المتم ومنهم الصائم ومنهم المفطر لايعيب بعضهم على بعض وهو نص فى المطلوب .

(وثالثا) ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : خرجت مع النبى صلى الله

عليه وسلم فى عمرة فى رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتممت فقلت بأبى وأمى أفطرت وصمت وقصرت وأتممت فقال أحسنت ياعائشة) رواه الدارقطنى وقال هذا إسناد حسن .

(رابعا) ماروى عنها أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم (كان يقصر فى السفر ويتم ويفطر ويصوم) رواه الدارقطنى وقال اسناد صحيح .

(خامسا) ماروى عن عبد الرحمن بن يزيد قال : صلى بنا عثمان بمنى أربع ركعات فقيل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال : صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ثم صليت مع أبى بكر بمنى ركعتين ثم صليت مع عمر بمنى ركعتين فليت حظى من أربع ركعات ركعتان متقبلتان . قالوا . ولو كان القصر واجبا لما وافقوه على تركه .

وأما القياس فمن وجهين : أحدهما أن العلماء أجمعوا على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وعلى أن فرضه الاتمام حينئذ . فلو كان القصر فرضا لما تغير بالاقتداء خلف المقيم . أصله الصبح لما كان ركعتين فرضا لم يتغير بالاقتداء خلف مصلى الظهر مثلا .

ثانيهما : انه رخصة أبيح للسفر كالمسح والفطر وجميع الرخص وهى مما يجوز تركه باتفاق العلماء فليكن القصر كذلك .

أدلة القائلين بوجوب القصر

احتجوا على وجوب القصر بحجج .

الأولى — ملازمته صلى الله عليه وسلم للقصر فى جميع أسفاره ولم يصح عنه أنه أتم الرباعية فى سفر قط .

وقد جاء فى ذلك حديث ابن عمر قال (صحبت النبى صلى الله عليه وسلم وكان لايزيد فى السفر على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك) متفق عليه .

الثانية — (ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : فرضت الصلاة ركعتين ثم هاجر ففرضت أربعا وتركت صلاة السفر على الأول) رواه أحمد والبخارى وهو متفق على صحته .

الثالثة — ماروى عن عمر أنه قال « صلاة السفر ركعتان وصلاة الأضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام من غير قصر على لسان محمد ﷺ ، رواه أحمد والنسائى وابن ماجه .

الرابعة — ماروى عن ابن عمر قال : (إن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال فعلمنا فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلى ركعتين فى السفر رواه النسائى .

الخامسة — قالوا إن الشفع الثانى لايقضى ولايؤثم بتركه باتفاق العلماء وهذا آية النافلة إذ لايتصور ثبوت الترخص فى الترك المطلق مع قيام الفرضية .

* * *

هذه حجج الفريقين فى المسألة .

ويتجه على الفريق الأول فى الاستدلال بالآية أنها وردت فى قصر الصفة فى صلاة الخوف لا فى قصر العدد فى السفر وذلك لما علم من سبق مشروعية قصر العدد على نزول الآية ويرشح حمل القصر فى الآية على قصر الصفة قوله تعالى بعدها (وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة) الخ . فانه ظاهر فى بيان كيفية صلاة الخوف خاصة . وقوله تعالى (إن خفتم) يدل على اعتبار الخوف شرطا فى القصر ولاشك أن قصر العدد غير خاص بحالة الخوف اتفاقا . فالغاء الشرط والغاء البيان وحمل الآية على قصر العدد مع التعميم فى حالتى الأمن والخوف خروج على الظاهر لايصار اليه إلا بدليل ، نعم فهم بعض الناس أنها فى قصر السفر وكان منهم عمر ولكن لما سأل الرسول ﷺ عن القصر فى الأمن واجابه بأنه صدقة علم أنه شرع مستقل عن الآية ولذلك قال : صلاة السفر ركعتان الخ . وقال أمية ابن خالد لعبد الله بن عمر . إنا نجد صلاة الخوف فى القرآن ولا نجد صلاة السفر فى القرآن ؟ فقال له ابن عمر : يا أخى إن الله بعث محمداً ﷺ ولا نعلم شيئا فانما نفعل كما رأينا محمداً ﷺ يفعل .

ويتجه عليهم فى حديث يعلى بن أمية أن التعبير عن القصر بالصدقة لا يدل على أن الاتمام هو العزيمة وأن القصر رخصة يجوز تركها لان اليسر وعدم الحرج

عما روعى فى أصل التشريع . وبهذا الاعتبار يصح التعبير بصدقة عن كثير من المشروعات الأصلية التى لايجوز تركها .

ويتجه عليهم فيما استدلوا به من فعل الصحابة ماقاله الشوكانى فى نيل الأوطار : إنا لم نجد فى صحيح مسلم قوله (فمنهم القاصر ومنهم المتم) وليس فيه إلا أحاديث الصوم والافطار . وإذا ثبت ذلك فليس فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم اطلع على ذلك وأقرهم عليه . وقد نادت أقواله وأفعاله بخلاف ذلك . وليس ذلك منهم بإجماع معتبر فانه قد تقرر أن إجماع الصحابة فى عصره صلى الله عليه وسلم ليس بحجة . على أن الخلاف بينهم فى ذلك مشهور بعد موته . وقد أنكر جماعة منهم على عثمان لما أتم بمنى وتأولوا له تأويلات ا هـ .

ويتجه عليهم فى حديث عائشة الأول أن فى إسناده العلاء بن زهير عن عبد الرحمن بن الأسود . والعلاء بن زهير قال فيه ابن حبان : كان يروى عن الثقات مالا يشبه حديث الاثبات فيبطل الاحتجاج به فيما لا يوافق الاثبات . وعبد الرحمن ابن الأسود اختلف فى سماعه منها فقيل دخل عليها وهو مراهق وقال أبو حاتم أدخل عليها وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك يكون منقطعا . ثم قال صاحب البدر المنير إن فى متن الحديث نكارة وهو كون عائشة خرجت معه فى رمضان والمشهور أنه ﷺ لم يعتمر إلا أربع عمر ليس منهن شىء فى رمضان . وقال ابن حزم هذا حديث لاخير فيه .

ومما يدل على بطلان هذا الحديث أن الزهرى قال لهشام : لما حدثه عن أبيه عن عائشة بحديث (فرضت الصلاة) ـ فما شأنها كانت تتم الصلاة ؟ قال : تأولت كما تأول عثمان . فاذا كان النبى حسن فعلها كما جاء فى الحديث وأقرها عليه فلا حاجة بها إلى التأويل ، وليس للتأويل حينئذ وجه : ولا يصح أن يضاف إتمامها إليه .

لهذا كله حكم ابن تيمية بان الحديث باطل وقال : ما كانت أم المؤمنين لتخالف رسول الله ﷺ وجميع أصحابه فتصلى خلاف صلاتهم ، كيف وقد صح عنها أن الله فرض الصلاة ركعتين ركعتين . فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة زيد

فى صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر؟ فكيف يظن بها مع ذلك أن تصلى بخلاف صلاة النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمين معه اه .

وقال الشوكانى ان تلك المطاعن توجب بمجردها سقوط الاستدلال به عند عدم المعارض فكيف وهو معارض بما فى الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة .

ويتجه عليهم فى حديثها الثانى أن الرواية المصححة عند الدارقطنى هى رواية التاء فى (تتم) وعلى ذلك تكون هذه الرواية موافقة لحديثها الأول (أفطرت وصمت) وورد عليهما واحد وهو ماتقدم لابن تيمية ، ومع ذلك فقد استنكرها أحمد . .

وقال ابن حجر : أن صحتها بعيدة فان عائشة ما كانت تتم فى زمن الرسول وإنما أتمت بعده. وقد ذكر عروة أنها تأولت ماتأول عثمان كما فى الصحيح فلو كان عندها عن النبي ﷺ رواية لما احتاجت الى التأول ثم على فرض صحة اتمامها بعده ﷺ فهو حكاية لفعلها خاصة وفعلها على فرض عدم معارضته لقول النبي ﷺ وفعله لاحاجة فيه فكيف اذا عارض الثابت عنه من طريقها وطريق غيرها من الصحابة .

ويتجه عليهم فى الاستدلال بالمروى عن عثمان أن التحدث مع ابن مسعود فيما فعله عثمان دليل على أنه لم يكن معهود عند الاصحاب وقد جاء انكار ابن مسعود بقوله «فليت حظى» الخ مؤيداً لمخالفته المعهود عندهم .

هذا وقد تأول العلماء لعثمان وذكروا لاتمامه تأويلات أحسنها كما قال ابن القيم أنه كان قد تأهل بمنى .

وقد روى فى ذلك احمد : أنه صلى أربع ركعات بمنى فأنكر الناس عليه فقال: يا أيها الناس انى تأهلت بمكة منذ قدمت . وانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من تأهل فى بلد فليصل صلاة المقيم. ومايقال من الطعن فى هذا الحديث انما يتجه ان صح على تعيين هذا التأويل بخصوصه .

أما مسألة اقتداء المسافر بالمقيم فقد قال صاحب السراج فى مسافر اقتدى بمقيم ولم يجلس الامام المقيم على رأس الركعتين الاوليين وتابعه المأمور المسافر (ان صـــلاة المسافر باطلة) ، ووجهه أنه ترك القعود الذى هو فرض عليه .

وهو يدل على الفرض فى حقه ركعتان فقط ويكون فى الآخريين مقتديا فى نفل بمفترض ولا مانع منه . قلنا أن نلتزم هذا ونمنع إجماع العلماء على أن فرضه فى تلك الحالة أربع ركعات . ويؤيد هـــذا أن اسحق بن راهويه أجاز القصر للمسافر المقتدى بالمقيم . وليس ثمت إجماع فلا يصح استدلالهم به وهـــذا هو اختيارنا فى المسألة .

أما جمهور الحنفية فيقولون إن فرضه تغير إلى الأربع عملا بنية المتابعة وما دام فى الوقت فهو فى عرضة التغير بطرونية الاقامة . فلم يتقرر فرضه ركعتين . فنية المتابعة فى الوقت مع عدم التقرر المذكور أثرت فى الاتمام حتى لو زالت المتابعة بأن أفسد المسافر صلاته خلف المقيم فانه لا يصلى سوى ركعتين ولا أثر لنية المتابعة وبما قرروه ظهر فرق بين المقيس والمقيس عليه . فان الصبح ليس بعرضة للتغير أصلا بخلاف المقيس فانه باتفاق عرضة للتغير بطرونية الاقامة كما قلنا ولذا كان لا يصح له الاقتداء بالمقيم بعد خروج الوقت لتقرير الركعتين فقياسهم صلاة المسافر فى الوقت على صلاة الصبح قياس مع الفارق . وواقع ماقرر الحنفية أنه تسليم لحجة الخصم ومحاولة للتخلص منها بمالايدفعها فان نية الاقامة مما يؤثر فى السفر باتفاق العلماء ومعقول أن يتأثر السفر وتتغير أحكامه بنية الاقامة .

أما دعوى أن نية المتابعة فى الوقت تنهض سبباً للتغير المذكور كنية الاقامة فدعوى تعوزها الحجة والوجه مااخترناه سابقا .

ويتجه عليهم فى قياس القصر فى السفر على الفطر فى الصوم أن الحنفية لايرون القصر رخصة إلا مجازا باعتبار الصورة . وحقيقته انه عزيمة شرعت أولا وأقرها الشارع . غاية مافى الأمر أنه لوحظ فيها ابتداء وبقاء التخفيف على المسافر ومثل هذا لاينطبق عليه الرخصة الحقيقية المصطلح عليها عند العلماء . فلا يصح قياسها على ماهو رخصة حقيقية شرعت لعذر تخفيفا لحكم آخر دليله لا يزال معمولا به .

هذا ما يتجه على أدلة الأئمة الثـــلاثة . وقد نوقشت أدلة القائلين بالوجوب من وجوه .

(أولا) قيل لهم فى الأولى . أن مجرد المداومة لا يدل الوجوب كما ذهب إلى ذلك جمهور علماء الأصول .

(وثانيا) أن حديث عائشة « فرضت الصلاة » الخ غير مرفوع وبانها لم تشهد زمن فرض الصلاة

(وثالثا) فى حديث عمرأن عبدالرحمن بن أبى ليلى لم يسمع منه لان عبدالرحمن كما فى تهذيب الرجال ـ ولد لست بقين من خلافة عمر .

(ورابعا) فى الحجة الخامسة أن عدم الاثم بالترك لايدل على عدم الوجوب دليله الزيادة فى الصلاة على قراءة آية أوثلاث ايات ، وعلى أصل الركوع أوالسجود وصوم المسافر وحج الفقير . فان ترك واحد منها لايوجب الاثم مع أنها اذا حصلت كانت فرضا . فلا يكون عدم التأثيم فى الترك دليل النافلة .

ويجاب عن المناقشة الاولى بأن مداومة الرسول صلى الله عليه وسلم مع عدم وجود دليل على جواز الترك من قول أو اقرار ظاهر فى الوجوب وإلا لترك ولو مرة تشريعا للجواز .

وقد نص الأصوليون على أن الفعل اذا كان بيانا لمجمل كان حكمه حكم المبين وقد جاء قوله عليه الصلاة والسلام « صلوا كما رأيتمونى أصلى » بيانا لمجمل الصلاة فى جميع جهاتها ومنها صلاة السفر التى هى موضع النزاع .

« وعن المناقشة الثانية » بأن عدد الصلاة مما لا مجال للرأى فيه فغير المرفوع فيه له حكم الرفع . وعلى تقدير أنها لم تدرك وقت الفرضية فيكون مرسل صحابى وهو حجة .

(وعن الثالثة) سلمنا أن عبد الرحمن لم يسمع من عمر ونقول الحديث رواه أحمد من طريق عبد الرحمن عن كعب بن عجرة عن عمر فغايته أنه مرسل والمرسل ثقة وقد عضدته الأحاديث الأخرى .

(وعن الرابعة) بأنا لانسلم فرضية الزائد على أصل القراءة والركوع والسجود وبذلك قال بعض الحنفية وهو متفق مع إجماعهم أن فى كل من القراءة والركوع والسجود فرضا وسنة وإذا جارينا الأكثر فى أن كل مايقع يكون فرضا فذلك ـ كما قالوا ـ لأن الأمر بالقراءة والركوع والسجود طلب للمطلق ، وهو يصدق بكل فرض تحقق فيه طال أم قصر أما الامر بالصلاة فهو مقيد بالاربع فى حق المقيم وبالركعتين للمسافر فلا يتناول غير المعين .

وأما الصوم فقد علمت أن دليله لايزال قائما معمولا به . وأما الحج فلم يصر فرضا إلا بعد أن تحقق وجوبه بالاستطاعة البدنية حين دخول مكة .

* * *

بقى أن الأئمة الثلاثة اختلفوا فيما بينهم فذهب المالكية إلى أن القصر سنة مؤكدة . وذهب أحمد والشافعى إلى الاباحة . وقد حكما معنى الرخصة وقاسا القصر على غيره من الرخص ولم تثبت عندهما مواظبة الرسول على القصر وتأولا حديث (فرضت الصلاة ركعتين) وقد علمت مافى القياس وعلمت أن حديث عائشة فى إتمام النبى صلى الله عليه وسلم لم يصح . ولا وجه لما تأولا به حديث (فرضت الصلاة) من أنه محمول على من يريد الاقتصار عليهما : أو أن الفرض فيه بمعنى التقدير .

أما المالكية فرأوا أنفسهم أمام المعنى المعقول الرخصة وانه يدل على الاباحة وأمام مداومة الرسول على القصر مع حديث (فرضت الصلاة) فقالوا إن العمل بمقتضى الرخصة فقط إهمال لمقتضى المداومة والحديث وفى العكس إهمال لمعنى الرخصة والجمع فى مثل هذا واجب فلتحمل المواظبة على السنية ويؤول حديث عائشة . ويظهر عمل الرخصة فى نفى الوجوب الصادق بالسنية .

وكأنهم رأوه طريقا وسطا بين القول بالوجوب والقول بالاباحة فسلكوه وقد علمت أن الرخصة هنا ليست هى الرخصة الحقيقية التى يكون أثرها الاباحة مع جواز الاتيان بالعزيمة فلا ينهض معناها على معارضة المواظبة وحديث الفرضية الذى لا يقبل التأويل .

ولعلك تدرك مما سبق المذهب الراجح فى هذه المسألة والله يوفقك .

الجمع بين الصلاتين

لاخلاف بين الأئمة فى أن الجمع بين الظهر والعصر جمع تقديم فى وقت الظهر بعرفة وبين المغرب والعشاء جمع تأخير فى وقت العشاء بمزدلفة سنة للحجاج وعلى ذلك اقتصر الحنفية ومنعوا الجمع فى الوقت بين صلاتين فى غير هذين المكانين . وهو قول الحسن والنخعى وغيرهما .

أما سائر الأئمة فقد أجازوه فى غير المكانين المذكورين على الوجه الآتى :

فالشافعية يجيزون الجمع بين الظهرين والعشاءين جمع تقديم وتأخير لمسافر له رخصة القصر . ويجيزون فيهما لمقيم جمع التقديم فقط بسبب المطر الذى يبل الثياب

والمالكية يجيزونهما بسبب السفر ولو قصيرا بعد أن يكون مباحا ويجيزون للمقيم أن يجمع جمع تقديم بين الظهرين والعشاءين إذا خاف حصول دوخة تمنع من أداء الصلاة على وجهها أو إغماء يمنعه من الصلاة عند دخول وقت الثانية ويجيزون للمقيم أيضا جمع التقديم فى المسجد بين العشاءين فقط بسبب المطر الغزير والوحل الكثير مع الظلمة .

والحنابلة يجيزون جمعى التقديم والتأخير فى الظهرين والعشاءين للمسافر سفر قصر وللمريض الذى تلحقه المشقة بترك الجمع وللمرضع والمستحاضة والمعذور والعاجز عن الطهارة لكل صلاة وعن معرفة الوقت ولمن خاف على نفسه أو ماله أو عرضه . ولمن خاف ضررا يلحقه فى معيشته بترك الجمع ويجيزونهما بين العشاءين خاصة بسبب الثلج والجليد والوحل والبرد الشديد والمطر الذى يبل الثياب

ولكل مذهب من هذه المذاهب شروط خاصة فيما أجازه من الجمع تعرف بمراجعة كتبه .

وحكى الشوكانى أن جماعة من العلماء ذهبوا إلى جواز الجمع مطلقا بشرط ألا يتخذ ذلك خلقا وعادة . قال فى فتح البارى وممن قال به ابن سيرين بن ربيعة وأشهب وابن المنذر والقفال الكبير وحكاه الخطابى عن جماعة من أصحاب الحديث . وحكاه غيره عن غيرهم . ونسبه فى المغنى إلى شبرمة أيضا .

مما تقدم يتبين :

أولا - إن الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع لغير الحاج بعرفة ومزدلفة ويخالفهم فى ذلك الحنفية .

ثانياً - إن الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالسفر غير أن الشافعية والحنابلة يشترطون أن يكون سفر قصر . ولا يشترطه الامام مالك .

ثالثاً - أن الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالمطر . غير أن الشافعية والمالكية يخصونه بالتقديم ويجيزه الشافعية فى الظهرين والعشاءين والمالكية فى العشاءين فقط . أما الحنابلة فيجيزونه فى العشاءين فقط تقديما وتأخيرا .

رابعا — أن المالكية والحنابلة يجيزون الجمع مطلقا بالمرض لكن المالكية خصوه بالاغماء ومافى معناه . وأطلقه الحنابلة . وخالفهما الشافعى فلم يجزه بالمرض مطلقا .

خامسا — أن الحنابلة انفردوا بجوازه لأصحاب الاعذار وللخائف ومن إليهما وبذلك كان مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الأربعة فى مسألة الجمع وكان مذهب الحنفية أضيقها وبينهما الشافعية والمالكية . والمالكية أقرب إلى الحنابلة . والشافعية أقرب إلى الحنفية .

الأدلة

استدل الحنفية أولا — بأن الأحاديث الواردة بتعيين الأوقات ثبتت بالتواتر أو الشهرة فلا يجوز تركها بغير دليل يساويها .

ثانيا — بما روى أبو داود عن ابن عمر أنه قال . ماجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء قط فى السفر إلا مرة واحدة . وبما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه . والذى لا إله غيره ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة . وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخارى ومسلم .

ثالثا — بأن تقديم الصلاة عن وقتها . فعل لها قبل تحقق شرط الانعقاد وسبب الوجوب وهو الوقت فلا تنعقد وتكون باطلة وتأخيرها حتى يخرج وقتها ويدخل وقت الثانية تفريط — وقد قال عليه الصلاة والسلام ليس فى النوم تفريط إنما التفريط فى اليقظة رواه مسلم . وقال أبو جعفر الطحاوى قال ذلك وهو مسافر فدل على أن مناط التفريط وعدمه اليقظة والنوم ولا دخل فيهما للاقامة والسفر فاستوى المسافر والمقيم . وبذلك علم أن تأخير الصلاة عن وقتها تفريط مالم يكن عن نوم لاغير وهذا كالقاعدة العامة تشمل غير الصبح كما تشمل الصبح الذى وردت فيه . والذى لايجمع مع غيره .

الجمع بالسفر عند الثلاثة

إستدل الثلاثة على جواز الجمع بالسفر أولا بما روى عن أنس قال كان رسول الله ﷺ إذا رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فان زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب متفق عليه وفى رواية لمسلم كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين فى السفر يؤخر الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينها .

(وثانياً) بما روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس صلى الظهر والعصر جماعة ثم سار . وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء واذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه أحمد وأبو داود والترمذى .

(وثالثا) ماروى عن ابن عمر أنه استغيث على بعض أهله فجد به السير فأخر المغرب حتى غاب الشفق ثم نزل فجمع بينهما . ثم أخبرهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك اذا جد به السير رواه الترمذى بهذا اللفظ وصححه ومعناه لسائر الجماعه ابن ماجة .

رابعا ـ ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى السفر اذا زاغت الشمس فى منزله جمع بين الظهر والعصر قبل أن يركب فاذا لم تزغ له فى منزله سار حتى اذا حانت العصر نزل فجمع بين الظهر والعصر واذا حانت له المغرب فى منزله جمع بينها وبين العشاء . واذا لم تحن فى منزله ركب حتى اذا كانت العشاء نزل فجمع بينهما رواه أحمد والشافعى فى مسنده بنحوه وقال فيه : واذا سار قبل أن تزول الشمس أخر الظهر حتى يجمع بينها وبين العصر فى وقت العصر .

قالوا هذه أخبار صحيحة وردت بجمعه صلى الله عليه وسلم فى السفر . وهى نصوص لايتطرق اليها تأويل فوجب الاخذ بها وكلها صريحة ومتفقة على ثبوت جمع التأخير (أى فعل الاولى فى وقت الثانية) . وحديثا معاذ وابن عباس صريحان فى ثبوت جمع التقديم « أى فعل الثانية فى وقت الاولى » وكما استدل الائمة بالاحاديث

المتقدمة . استدلوا أيضا بالاستنباط من صورة الجمع المتفق عليه . فقالوا من الواضح أن الجمع بعرفة والمزدلفة سببه احتياج الحجاج اليه لاشتغالهم بالمناسك وهذا المعنى موجوداً فى كل الأسفار لتحقق الاشتغال فيها . ولم نعهد فى الشرع أن لخصوص النسك دخلا فى ثبوت الترخص وانما الذى عهدناه ثبوت الترخص فى الأسفار المباحة كالقصر والفطر لمكان المشقة فليثبت الجمع فى صورة النزاع لتحقق علته .

الجمع بالمطر

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالمطر . أولا بماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء جميعا من غير خوف ولا سفر . ثانيا بما روى يحيى بن واضح عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع فى المدينة بين الظهر والعصر فى المطر .

ثالثا — بما رواه الأثرم فى سننه عن أبى سلمة بن عبد الرحمن . أنه قال (من السنه اذ كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء) وفى البخارى باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين المغرب والعشاء فى ليلة مطيرة وبهذه الأحاديث تبين أن الجمع الوارد فى حديث ابن عباس كان بسبب المطر . ولذلك قال مالك بعد روايته . أرى ذلك فى المطر .

الجمع بالمرض

استدل الحنابلة على جواز الجمع بالمرض بماروى ابن عباس . قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير خوف ولا مطر . وفى رواية من غير خوف ولا سفر وبمجموع الروايتين يتبين أنه جمع لغير واحد من ثلاثة — الخوف والمطر والسفر — قالوا وأجمع العلماء على أنه لايجوز الجمع لغير عذر فوجب أن يكون الجمع هنا للمرض إذلا عذر غيره رواه الثلاثة .

أما المالكية فقد جعلوا المريض قسمين قسم لايجوزله الجمع . وهو الذى يثبت له الترخص فى الكيفية . وقسم أباحواله الجمع وهو الذى يعتاد نوبة أغماء أو

دوخة فى وقت تمنعه من اداء الصلاة على وجهها فأباحوا له جمع التقــديم صونا للصلاة .

وبهذا يتبين أنهم حكموا فى إباحة الجمع بالمرضى بمجرد المعنى المعقول ولم يعتمدوا على حديث ابن عباس .

الجمع بغير الثلاثة

قد علمت أن الحنابلة قد توسعوا فى إباحة الجمع فأجازوه بأسباب غير السفر والمطر والمرض كالاستحاضة وغيرها من الأعذار . وقد استندوا فى الاستحاضة إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحمنة بنت جحش حين استفتته فى الاستحاضة (وإن قويت على أن تؤخرى الظهر وتعجلى العصر فتغتسلين ثم تصلين الظهر والعصر جميعا ثم تؤخرى المغرب وتعجلى العشاء . ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعلى) رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه .

قالوا : ويقاس عليها صاحب السلس ، ثم حكموا فى الباقى سبب الرخصة وهو الحرج والمشقة فى النفس أو فى المال .

الجمع للحاجة

استدل القائلون بجواز الجمع للحاجة ولغير الأسباب المتقدمة بحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالمدينة سبعا وثمانيا . والعصر والمغرب والعشاء متفق عليه وفى لفظ للجماعة إلا البخارى وابن ماجه جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس ما أراد بذلك قال : أراد ألا يحرج أمته .

قال فى فتح البارى واستدل لهم بما وقع للنسائى من طريق عمرو بن هرم عن أبى الشعثاء أن ابن عباس صلى بالبصرة الاولى والعصر ليس بينهما شيء فعل ذلك من شغل وفيه رفعة الى النبي صلى الله عليه وسلم وقد كان شغل ابن عباس بالخطبة على مافى رواية مسلم من طريق عبد الله بن شقيق وأخرج الطبرانى مثله عن ابن عباس مرفوعا وفيه صنعت هذا لئلا تحرج أمتى قالوا : وإرادة دفع الحرج تقدح

فى حمل الجمع على الصورى لأن القصد اليه لايخلوا عن حرج . وقالوا أيضا اذا كان المعنى فى الجمع بعرفة هو التفرغ للدعاء وسماع الخطبة فلايبعد أن هذا سببالمشروعية الجمع عند كل حاجة إلا أن يصير ذلك خلقا وعادة .

هذه أدلة المذاهب فى مسألة الجمع وللناظر فى أدلة المجيزين مسلكان أحدهما من جهة الرواية والآخر من جهة الدلالة . أما الأول فيتجه على الاستدلال بحديث معاذ أنه من رواية قتيبة تفرد به وقال أبو سعيد بن يونس لم يحدث بهذا الحديث إلا قتيبة ويقال أنه غلط فيه وقال أبو داود أنه حديث منكر وليس فى جمع التقديم حديث قائم وقال صاحب البدر المنير أن للحفاظ فى هذا الحديث خمسة أقوال أحدها أنه حسن غريب . قاله الترمذى . ثانيها أنه محفوظ صحيح قال ابن حيان . ثالثها أنه منكر قاله أبو داود . رابعا أنه منقطع قاله ابن حزم خامسها . أنه موضوع قاله الحاكم والمعروف عند أهل العلم فى حديث معاذ أنه عن طريق أبى الزبير عن أبى الطفيل عن معاذ وليس فيه جمع التقديم . وأمام هذا الاختلاف لاينهض الحديث حجة فى جواز جمع التقديم ولافى معارضة أحاديث المانعين التى لاخلاف لأحد فى صحتها بل التى قد بلغت حد الشهرة وتلقتها الأمه بالقبول والروايات الأخرى التى رواها ابن القيم تعضيدا لهذا الحديث لاتخلو من ضعف عند أهل العلم . فان من رواة بعضها . حسين بن عبد الله بن عبيد الله وقد قال فيه أبو حاتم . أنه ضعيف لايحتج بأحاديثه . وضعفه أيضا ابن معين . وقال أحمد أن له أشياء منكرة وقال النسائى إنه متروك الحديث . وقال فيه ابن حيان : كان يقلب الأحاديث ويرفع المراسيل . وكفى هذا علة .

ومتى كانت الروايات المذكورة بهذه المثابة . فلا تنهض على تقوية هذا الحديث يعارض المشهور .

ويتجه على الاستدلال بحديث ابن عباس الوارد فى الجمع بالسفر أنه من رواية حسين المتقدم . وقد علمت ماقيل فيه وبهذه النظرة يتبين عدم صحة الاحتجاج بحديثى معاذ وابن عباس على جواز جمع التقديم فى السفر .

أما المسلك الثانى فهو فى الأحاديث التى زعموا أنها تدل على جواز جمع التأخير وحاصله أن معظم هذه الأحاديث يحتمل احتمالا قوياً الجمع الصورى وهو تأخير

الأولى الى آخر وقتها وتقديم الثانية لأول وقتهـا فتؤدى الصلاتان وليس بينهما شيء . وقد حمل عليه الائمة أنفسهم حديث ابن عباس الذى استند اليه القائلون . بجواز الجمع للحاجة ، ولا سبيل لتخليصهم منه إلا بالحمل على ذلك فليكن هذاهو سبيل فى كل ماصح عن ابن عباس فى رواية الجمع ومما جاء صريحا فى ذلك عن ابن عباس ما أخرجه النسائى بلفظ صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا ، والمغرب والعشاء جميعا أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء ، وما أخرجه ابن جرير عن ابن عمر قال : خرج علينا رسول الله ﷺ فكان يؤخر الظهر ويعجل العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويعجل العشاء فيجمع بينهما . وما رواه الشيخان عن عمرو بن دينار فى جمع ابن عباس لشغله بالخطبة فى البصرة . انه قال يا أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . قال وأنا أظنه .

هذا هو السبيل فى كل الأحاديث الدالة على مطلق الجمع ويعين هذا الحمل قسم ابن مسعود الذى يستل كل شبهة فى الموضوع .

ولا يمنع من حمل الأحاديث الجمع الصورى ماجاء فى بعضها من التصريح بخروج الوقت الأول أو بدخول الثانى كما فى حديث أنس برواية مسلم (حتى يدخل أول وقت العصر) وكما فى حديث ابن عمر (حتى غاب الشفق) وذلك لامكان الحمل على معنى المقاربة نظير قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن » وقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » فان المعنى فيهما على المقاربة باتفاق .

هذا — وقد طعن الخطابى فى حمله الأحاديث على الجمع الصورى وقال : لأنه يكون أعظم حرجا من الاتيان بكل صلاة فى وقتها لأن أوائل الأوقات وأواخرها مما لا يدركه الخاصة فضلا عن العامة اهـ .

وأجاب عنه الشوكانى بما حاصله : إن الشارع وضع الأوقات علامات ظاهرة يدرك بالحس لا تلتبس على أحد ولاشك أن الجمع الصورى بين الصلاتين أخف من فعلهما على غير هذا الوجه . وأجاب عنه الزيلعى بأن الحرج لا يكون إلا اذا وجب التأخير الى آخر الوقت ولم يقل بذلك أحد وإنما خير المكلف بين أن يفعل كل صلاة فى أول وقتها وبين أن يؤخر الأولى ويقدم الثانية ، ولاشك أن هذا التخيير تسهيل بالنسبة لما عرف عن النبى ﷺ من الاداء فى أول الوقت .

وبالحمل على الجمع الصورى يمكن التخلص من أدلة الجمع بغير السفر من سائر الاعذار التى تقدمت .

هذا — وقد حاول بعض الفقهاء أن يضعف من شأن أدلة الحنفية على منع الجمع فقال :

أولا — ان أحاديث المواقيت وحديث التفريط عامة فى السفر والحضر وأحاديث الجمع خاصة بالسفر . والشأن فى هذا أن يحمل العام على الخاص .

وثانيا — فى حديث أبى داود عن عمر أن أبا داود قال : روى موقوفا على ابن عمر من فعله .

وبذلك يكون مرفوعا فى رواية وموقوفا فى أخرى وقد قالوا : ان الحديث اذا روى مرفوعا وموقوفا ففى الاحتجاج به خلاف فلا ينهض حجة وعلى فرض صحة الاحتجاج به فقد روى عن ابن عمر نفسه أخبار صريحة وصحيحة فى جمعه ﷺ وبذلك وجب إما رد هذه الرواية أو تأويلها بما يتفق مع روايته الأخرى .

وثالثا — قالوا فى حديث ابن مسعود : أنه نفى فيقدم عليه الاثبات .

وللحنفية أن يقولوا فى المناقشة الأولى : ان الخاص والعام يتعارضان والحكم للترجيح وهو هنا بتقديم الحاظر (أحاديث المواقيت وما اليها) على المبيح (أحاديث الجمع) لاسيما أن هذه لم تبلغ درجة تلك كما تقدم .

« وفى الثانية » أن المختار صحة الاحتجاج بما روى مرفوعا وموقوفا وأما الروايات التى رويت عن ابن عمر فى الجمع فسبيلها الحمل على الجمع الصورى ، كما تقدم وحملها على الجمع الصورى أقرب من تأويل رواية عدم الجمع بحملها على أن ابن عمر لم ير النبى صلى الله عليه وسلم يجمع فى حال السير .

« وفى الثالثة » أن القول بتقديم النفى على الاثبات محله اذا كان بينهما تعارض ولا تعارض هنا بين أدلة النفى وأدلة الاثبات كما علمت .

هذا — وان الحكمة السامية فى تفريق الصلوات الخمس على أوقاتها المحددة المعلومة توجب دائما مراعاة أداء الصلاة فيما حددلها من وقت حتى لا تضيع تلك الحكمة وهى مقصودة للشارع الحكيم فيقتصر فى الجمع المخالف لذلك التحديد على ماصح دليله وثبت بما لاشبه فيه عن النبى ﷺ .

الزكاة فى مال الصبى

اتفق العلماء على أن الزكاة بشروطها المعروفة ـ فرض على المسلم الحر البالغ العاقل ـ واختلفوا فى وجوبها فى مال الصبى والمجنون .

فذهب مالك والشافعى وأحمد وجمهور العلماء إلى وجوبها فى مالهما لافرق فى ذلك بين النقدين وغيرهما مما تجب فيه الزكاة .

ويحكى عن ابن مسعود والثورى والأوزاعى أنهم قالوا : تجب الزكاة ولا تخرج حتى يبلغ الصبى ويفيق المعتوه . قال ابن مسعود : أحصى ما يجب فى مال اليتيم من الزكاة فاذا بلغ أعلمه فان شاء زكى وإن شاء لم يزك .

وقال أبو حنيفة لا تجب الزكاة فى أموالها نقداً وماشية . وتجب فى الزرع والثمار كما تجب صدقة الفطر عليهما .

وقال ابن شبرمة . انها تجب فى الأموال الظاهرة ولا تجب فى النقدين .

وقال الحسن وسعيد بن المسيب وابن جبير والنخعى وآخرون : لاتجب الزكاة فى مالهما عامة .

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها والتطهير لا يكون إلا على الذنوب ولا ذنب من الصبى والمجنون .

وأما السنة فأولا : قوله ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل) رواه أبو داود والنسائى والحاكم وصححه . وثانيا ، ما قاله محمد بن الحسن فى كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة حدثنا ليث بن أبى سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال : (ليس فى مال اليتيم زكاة) وروى مثله عن ابن عباس .

وأما المعقول فمن وجوه : الأول أنها عبادة فلاتجب على الصبى كالصلاة والصوم

وتحقيقه أن العبارة إنما تجب ابتلاء واختبارا ولا معنى للابتلاء فى الصبى فلا تجب عليه .

الثانى : أجمع العلماء على أن الزكاة تحتاج إلى النية فى أدائها والنية من شروطها البلوغ فلا نية للصبى فلا تجب عليه العبادة .

الثالث : اتفق العلماء على اشتراط تمام الملك فى وجوب الزكاة وملك الصبى ليس تاما بدليل أنه لا يصح التبرع منه وهو فى ذلك كالمكاتب .

أما الجمهور فقد استدلوا على أن الزكاة واجبة فى مال الصبى بالسنة والقياس .

أما السنة فما رواه الترمذى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ خطب الناس فقال « ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » ووجه الاستدلال أن النبى ﷺ طلب من ولى اليتيم أن يتجر بماله تحصيلا للربح وحذره من تركه بغير تجارة ولا ربح فتأكله الصدقات ولا ريب أن الصدقات إنما تأكله . كما روى موقوفا على عمر : باخراجها . وإخراجها لايكون جائزا إلا إذا كانت واجبة لأنه لايجوز للولى أن يتبرع بمال الصغير . أما القياس فقالوا وجب العشر فى زرع الصبى فليجب ربع العشر فى ورقه بجامع أن كلا منهما حق يتعلق بالمال فيجب إخراجه متى تحقق ولا يتوقف ذلك على البلوغ والزكاة مع ذلك شبيهة بالمهور والنفقات وقيم المتلفات وسائر الحقوق المالية ولم يقل أحد بأن هذه الحقوق يتوقف ثبوتها فى المال على بلوغ صاحبها فلتكن الزكاة كذلك . كيف وقد أوجب الحنفية فى مال الصغير العشر وزكاة الفطر ؟ .

وقالوا أيضا : إن الزكاة حق للعبد بالنص ودلالة الاجماع أما الأول فقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء » وقوله تعالى « وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » فان لام الاختصاص تفيد الملكية اذا كان مدخولها أهلا لها .

وأما الثانى فلأن من عليه الزكاة اذا تبرع بجميع ماله للفقراء . ولم تحضره نية الزكاة فان ذلك يكفى ويسقط عنه عهدة الواجب اجماعا فلو كانت الزكاة عبادة لما صحت بدون نية .

* * *

يتجه على الحنفية فى الدليل الاول أن التطهير ليس خاصا بإزالة الذنوب بل يشمل تربية الخلق وتنمية النفس على الفضائل ولو سلم أنه خاص بإزالة الذنوب فالنص عليه نظرا لأنه الشأن فى الزكاة ، وهذا لا يستلزم أن الزكاة لا تجب إلا حيث تكون الذنوب وغاية الأمر أن يقال أن من حكمة مشروعيتها إزالة الذنوب ، وهل إذا عدمت الذنوب ينتفى وجوبها ؟ لم يقل أحد أن انتفاء السبب المعين يوجب انتفاء الحكم لجواز أن يكون لسبب آخر ، وقد أجمع العلماء على أن للزكاة سببا آخر غير التطهير وهو سد خلة المحتاج كما دلت عليه آية « وفى أموالهم » وآية « إنما الصدقات » فلم يكن السبب هو التطهير خاصة .

ويتجه عليهم فى الحديث الأول أن المراد رفع الاثم والمؤاخذة الأخروية بدليل الاجماع على وجوب الحقوق المالية الأخرى فى ماله ، فان قالوا : إن رفع الاثم يقتضى رفع الوجوب . قلنا نعم يقتضى رفع الوجوب على الصبى ، ونحن نقول بالوجوب فى ماله والولى هو المطالب بالأداء على قياس العشر والفطرة وقيم المتلفات .

ويتجه عليهم فيما رووا عن ابن مسعود أن ليثا ضعيف عند أهل الحديث قال البيهقى ضعف أهل العلم ليثا .

أما رواية ابن عباس فقد قال الكمال فيها « تفرد بها ابن لهيعة وفى ابن لهيعة ماقدمنا غير مرة وهو أنه ضعيف لا يحتج به » .

ويتجه عليهم فى الأول من المعقول أن العبادة تكون ابتلاء محضا إذا كانت بدنية يؤديها الشخص بنفسه ،

وتكون مواساة ودفعا لحاجة الفقير إذا كانت مالية تؤدى من المال الذى وجبت فيه ولو بطريق النيابة .

ويتجه عليهم فى الثانى من المعقول أن النية لا توجبها على الصبى وانما تجب عند الأداء على الولى الذى يقوم بإخراجها .

ويتجه عليهم فى الثالث أن الملك التام ثابت للصغير فى ماله ، وعدم صحة التبرع منه ليس لنقصان فى الملك وإنما هو لأن الشأن فى الصغير عدم الاهتداء إلى الوجوه النافعة : والقياس على المكاتب فاسد لأن المنع فى المكاتب ليس لعدم جواز التبرع

بل لكونه دينا بأقساط بدل الكتابة ولأن ملكه باعتبار اليد فقط للتردد بين قرار الملك له وعدمه .

هذا وقد قيل للجمهور فى الحديث الذى استدلوا به : إنه من رواية المثنى بن الصباح وهو ضعيف ، لكن قال النووى أن الشافعى والبيهقى روياه بإسناد صحيح عن يوسف بن ماهك التابعى عن النبى ﷺ مرسلا وقد أكد الشافعى هذا المرسل بعموم الحديث الصحيح الوارد بإيجاب الزكاة فى أموال المسلمين عامة . وبما رواه عن الصحابة فى ذلك .

وقيل فى القياس على العشر وزكاة الفطر والنفقة وما إليها : أن بعضها يغلب فيه معنى المؤنة والبعض الآخر ليس فيه معنى العبادة أصلا أما الزكاة فعبادة محضة أو يغلب فيها معنى العبادة لأن المقصود منها شكر الله على نعمته وابتلاء العبد بالتكليف فلا يصح إلحاقها بتلك الحقوق المالية .

ولعلك بموازنة أدلة الفريقين وبالرجوع الى الغرض المقصود من شرعية الزكاة من سد حاجة الفقير وتحصين المال من تطلع الفقراء إليه وتزكية النفس وتدريبها على خلق المعونة والكرم ، تدرك رجحان القول بوجوب الزكاة فى مال الصبى وليست حكمة الزكاة محصورة فى معنى الابتلاء حتى نجعله أساسا نتحاكم إليه فى وجوب الزكاة وعدمها .

وبعد فلا نكاد ندرك فرقا بين مايدل عليه ظاهر قوله تعالى « وآتوا حقه يوم حصاده » وقوله تعالى « وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » فالتفرقة بين الزروع والأموال المجردة وقولهم : إن الغالب فى الأولى معنى المؤونة دون الثانية لايوجد مايبررها ولذلك قال ابن حزم فى المحلى ليت شعرى ما الفرق بين زكاة الزرع والثمار وبين زكاة الماشية والذهب والفضة فلو أن عاكسا عكس قولهم فأوجب الزكاة فى ذهبهما وفضتهما وماشيتهما وأسقطها عن زرعهما وثمارهما أكان يكون بين التحكمين فرق الفساد اهـ .

زكاة مايخرج من الأرض الخراجية

اتفق العلماء على أن الأرض التى تقع فى حوزة المسلمين منها عشرية كالتى أسلم أهلها عليها طوعاأو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين المسلمين ومنها خراجية كالتى فتحت عنوةوتركها المسلمون فى أيدى ملاكها . واتفقوا على أن الخراجية اذاكانت ملكا لغير مسلم وجب فيها الخراج ولا عشر فيها وعلى أن العشرية اذا كانت ملكا لمسلم وجب فيها العشر .

واختلفوا بعد ذلك فى العشرية تصير ملكا لغير مسلم : هل يبقى العشر أو يضاعف أو يبدل بالخراج . واختلفوا أيضا فى الخراجية تصير ملكا لمسلم . هل تبقى وظيفتها الخراج فقط كما كانت أو يجتمع فيها العشر والخراج أو يبدل خراجها بعشر . وموضوع البحث هو المسألة الثانية وان شئت أن تعرف آراء الفقهاء فى الأولى فارجع اليها فى كتب المذاهب . أما آراؤهم فى موضوع البحث فالحنفية يرون أن وظيفة تلك الأرض هى الخراج فقط كما كانت وأن من شروط وجوب العشر ألا تكون الأرض خراجية . ويرى الأئمة الثلاثة أن الخراج لايمنع وجوب العشر فيكون الواجب فى تلك الأرض الخراج والعشر معا . أما الاحتمال الثالث وهو تغيير وظيفتها من خراج الى عشر فلا نعلم أن أحدا من الفقهاء ذهب اليه ولعل ذلك يرجع الى أن وصف الخراجية قد تقرر لها ابتداء ولا مانع من وجوب الخراج على المسلم بقاء نظرا لما فيه من معنى المئونة التى لا تنافى الاسلام وهذا بخلاف ما اذا صارت العشرية لغير مسلم فان غير المسلم لما لم يكن أهلا للعشر ابتداء ولا بقاء . قال أبو حنيفة فيها بتغير الواجب من عشر إلى خراج .

الأدلة

استدل الحنفية أولا . بما روى عن ابن مسعود يرفعه الى النبى ﷺ قال : لا يجمع عشر وخراج فى أرض مسلم . وبماروى أبو هريرة . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم منعت العراق درهما وقفيزها . ومنعت الشام مديها ودينارها . ومنعت مصر أردبها ودينارها وعدتم من حيث بدأتم قالها ثلاثا — شهد على ذلك

لحم أبى هريرة ودمه رواه أحمد ومسلم وأبو داود وبما روى أن دهقان نهر الملك لما أسلم قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه . سلموا إليه الأرض وخذوا منه الخراج . والحديث الأول نص فى المطلوب . أما الثانى فوجه الدلالة فيه أنه أخبر عما يكون فى آخر الزمان من منع الحقوق الواجبة . وبين تلك الحقوق بما ذكر فى الحديث . وهو عبارة عن الخراج لا العشر : فلو كان العشر واجباً معه لاقترن به فى الأخبار. وأما الثالث فوجه دلالته أن عمر رضى الله عنه أمر بأخذ الخراج من الدهقان ولم يأمر بأخذ العشر ولو كان واجبا لأمر به .

واستدلوا ثانيا . بأن عمل الولاة والأئمة استمر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا على عدم الجمع بين العشر والخراج . ولم ينقل أن أحدا منهم جمع بينهما مع كثرة امتلاك المسلمين للأراضى الخراجية وتوفر الدواعى على النقل فكان ذلك منهم إجماعا عمليا لا تصح مخالفته . واستدلوا ثالثا بأن الخراج إنما يجب عقوبة فى أرض فتحت قهراً وأقر أهلها عليها والعشر يجب عبادة فى أرض أسلم أهلها عليها أو قسمت بين الغانمين المسلمين وهذه أوصاف متباينة لا يمكن اجتماعها فى شخص واحد حتى يجب عليه خراج وعشر .

واستدلوا رابعا . بأن سبب كل من الخراج والعشر واحد وهو الأرض النامية حقيقة أو تقديرا بدليل صحة إضافة كل منهما اليها والاضافة دليل السببية وبدليل أن الأرض لو كانت سبخة لا تصلح الزراعة لا يجب فيها واحد منهما وإذا كان سببهما واحدا فلا يجتمعان فى أرض واحدة لأن السبب الواحد لا يتعلق به حقان من نوع واحد ألا ترى أنه لو ملك مسلم نصابا من السائمة للتجارة سنة لا يلزمه زكاتان اتفاقا ؟

واستدل الجمهور . أولا بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض) وبقوله تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) أوجب الله الانفاق مما أخرجت الأرض وإيتاء حقه يوم حصاده مطلقا خراجية كانت الأرض أم عشرية .

واستدلوا ثانيا . بما صح عند الجميع . من قوله ﷺ (فيما سقت السماء العشر) وهو كما ترى عام يشمل العشرية والخراجية .

واستدلوا ثالثا . بأن الخراج والعشر حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا

ودليلا . أما اختلافهما ذاتا فلان العشر فيه معنى العبادة والخراج فيه معنى العقوبة وأما اختلافهما محلا فلان العشر يتعلق بنفسه الخارج . والخراج يتعلق بالذمة . وأما اختلافهما سببا فلأن سبب العشر الخارج كسبب الخراج الأرض الصالحة للزراعة بدليل وجوبه وإن لم تزرع الأرض . أما اختلافهما مصرفا . فلان مصرف العشر الفقراء . ومصرف الخراج المقاتلة أما اختلافهما دليلا . فلان دليل العشر النص والخراج إنما وجب بالاجتهاد المبنى على تقدير المصالح . وإذا ثبت أنهما حقان مختلفان من كل تلك الجهات ولا منافاة بينهما فلا مانع من اجتماعهما وصارا كالدين مع أحدهما وكالكفارة والقيمة فى الصيد الحرمى المملوك وكالخمس وربع العشر فى زكاة المعادن .

* * *

ويتجه على الحنفية فى الحديث الأول ما قال الكمال . حديث ضعيف ذكره ابن عدى فى الكامل عن يحي بن عنبسة . ويحيى بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع والى الكذب على أبى حنيفة . نعم روى هذا الحديث عن التابعين مثل النخعى والشعبي وعكرمة وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه حتى يكون حديثا مرسلا ويغنيك تضعيف الكمال لهذا الحديث عن سماع ما قيل فيه من الجمهور . وإذا كان الحديث بهذه المثابة فلا يقوى على معارضة العمومات التى احتج بها الجمهور .

أما حديث أبى هريرة . فظاهر أنه أخبار عما يكون فى آخر الزمان من سوء حالة المسلمين وضعفهم وتغلب غيرهم عليهم حتى يمنعوهم ما وجب عليهم من حقوق انظر إلى التعبير بالمنع والتوجيه الخطاب للمسلمين بقوله : وعدتم من حيث بدأتم . وبهذا يكون الحديث بمعزل عن موضع الخلاف ولو سلم أنه إخبار عما يكون من المسلمين من منع الحقوق الواجبة عليهم فهو لا يدل على عدم وجوب العشر لأن العشر موكول اخراجه وتوزيعه إلى رب المال أما الخراج فالذى يتولى جمعه وصرفه هو الامام وهو أهم موارد بيت المال . وفيه يظهر المنع فلذا خص بالذكر . ولم يذكر العشر كما لم تذكر زكاة النقدين والتجارة مع أنه لم يقل أحد بعدم وجوبها أخذا من عدم ذكرهما فى الحديث : وأما قصة الدهقان فالمقصود من كلام عمر

رضى الله عنه أن الخراج لا يسقط بالاسلام كما تسقط الجزية به وإنما لم يتعرض للعشر أما لأن وجوبه معلوم على كل حر مسلم مالك ألا ترى أنه لم يذكر زكاة الماشية والنقدين وغيرهما أو لأنه لم يحن وقت الحصاد أو لأن الدهقان لم يكن له مايجب فيه العشر وأما استدلالهم بعدم جمع الولاة والأئمة بين الخراج والعشر فقد قال فيه الكمال منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الأخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم . وعدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم . على أن فعل عمر بن عبدالعزيز يقتضى أن عمر رضى الله عنه ليس على منع الجمع لأنه كان متبعا له مقتفيا لآثاره . أما قولهم أن المعنى الذى وجب له العشر يباين المعنى الذى وجب له الخراج فلا يجتمعان . فهو إن سلم منظور فيه إلى حالة الابتداء وهذا لايمنع من اجتماعهما بقاء . وقد قال الكمال . أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر . بل للصلح أو بأن أحياها وسقاها بماء الأنهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج وأما قولهم أن سبب الحقين واحد فممنوع لأن سبب العشر نفس الخارج . وسبب الخراج نفس الأرض الصالحة زرعت أم أهملت وعلى تسليم أن السبب واحد فلا مانع كما قال الكمال أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله ﷺ (فيما سقت السماء العشر) فانه يقتضى أن يؤخذ مع الخراج إن كان .

* * *

ولعلك بعد ما رأيت موقف الكمال من الحنفية فى أدلتهم تعلم قوة حجج الجمهور ورجحان مذهبهم . وإنك إذا تنبهت إلى أن العشر واجب دينى على المسلمين وأن الخراج واجب اجتهادى ليكون مادة لجماعة المسلمين يسدون به حاجتهم العامة تستطيع أن ترى لولى الأمر الحق إذا رأى المصلحة ودعت الحاجة أن يضرب على المسلمين وغيرهم ممن تحميهم الدولة وينتفعون بمرافقها وقوتها ما يحقق به المصلحة ويدفع الحاجة ولايمنعه من فرض ذلك على المسلمين ما أوجبه الله عليهم قربة ودينا من صدقات تطهرهم وتزكيهم . وأن فرض الخراج عليهم لايعفيهم مما وجب عليهم بنص الكتاب وصريح السنة .

انعقاد النكاح بعبارة النساء

اتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة أن تلى جميع العقود غير النكاح بنفسها وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض عليها . واتفقوا أيضا على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا باشره وليها الشرعى مع رضاها يكون صحيحا نافذا . أما إذا باشرته هى أو وكلت غيرها بمباشرته فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزومه .

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا إلا أن للولى حق الاعتراض فيما إذا كان لغير كفء مالم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا وروى عن الأولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

وذهب داود إلى أنه صحيح إذا كانت ثيبا وباطل إذا كانت بكراً .

وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا اذنها الولى به وباطل إذا لم يأذن .

وقال محمد بن الحسن . هو صحيح موقوف على أجازة الولى إن أجازه الولى نفذ وإلا بطل . ويقول أيضاً إذا امتنع الولى عن الاجازة فى الكفء جدد القاضى العقد ولا يلتفت إليه . وقد روى رجوعه إلى المذهب الأول الذى هـــو ظاهر الرواية .

وذهب الشعبي والزهرى إلا أنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

هذه جملة مما عثرنا عليه من مذاهب العلماء فى هذه المسألة « النكاح بغير ولى » وهى ترجع إلى قول بالجواز مطلقا وقول بعدمه مطلقا وقول بأنه موقوف مطلقاً وأقوال بالتفصيل فيصححون فى حال دون حال .

الأدلة

استدل جمهور الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .

« أما الكتاب » فقد جاء فى غير آية التصريح باسناد النكاح إلى المرأة والأصل فى الاسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى . فمن ذلك قوله تعالى «فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف » فان هذه الآيات ظاهرة فى أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله فى نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب عليه أثره من غير توقف على اذن الولى ولامباشرته اياه .

وأما السنة . فأولا ماروله الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال :قال رسول الله ﷺ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها وفى رواية الايم أحق بنفسها » ولأبى داود والنسائى « ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها » ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق إلى المرأة فى نفسها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو بعمومه يتناول مايتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد أما البكر فنظرا لعدم ألفها الرجال وما يغلب عليها عادة من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها . وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة وذلك لأنه مادامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فهى وإياها سواء فيما يختص بأمر النكاح .

وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق ولايعدو أثر البكارة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطقت بذلك الأحاديث حتى لو فرض

أن بكرا لم تجر على عادة الأبكار ولم يمنعها الحياء أن تصرح برغبتها وأن تباشر حقها بنفسها لما تصورنا فى هذه الناحية فرقا بينها وبين الثيب التى أعطيت كل الحق ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على عقدها بالبطلان . وليس لنا ما نتصوره فى هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وأبعادها عن مجالس الرجال . وهذا أدب من الآداب الاسلامية العامة التى أباح الشارع من أجلها أن توكل المرأة فى شئونها من يباشرها فى مجالس الرجال فهى مجرد رخصة لا يلزم من توكلها إياها ومباشرة شأنها بنفسها أن يحكم على تصرفها بالبطلان . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان هذا الحديث وغيره من أحاديث الاستئمار وأحاديث رد العقد الذى يعقد على المرأة وهى كارهة تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لابد منه فى النكاح وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطا فى صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا ماباشره الشخص بنفسه ، وهذا هو ما ينبغى أن يلحظ فى وجه استدلال الحنفية بهذا الحديث .

(وثانيا) ماورد فى تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث اليها يخطبها إلى نفسها قالت : ليس أحد من أوليائى شاهدا فقال رسول الله ﷺ ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد من أولياء أم سلمة حاضراً ذلك العقد كما هو قولها ودل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض بابداء الكراهة فى غير محلها وذلك ظاهر فى أن اعتراض الولى لايعول عليه حيث تتوفر الكفاءة فضلا عن أن العقد لاتتوقف صحته على مباشرة الولى . وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواة هذا الحديث فى تزوج أم سلمة وأما ماروى من زيادة قولها لابنها : ياعمر قم فزوج رسول الله . أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا : قم ياغلام فزوج أمك، فغير ثابت لأن ابنها عمر كان عند تزوج رسول الله ﷺ بها صغير السن ليس أهلا للتصرف والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لابد لها من دليل خاص .

أما المعقول فقالوا : من البين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها أحد من الأولياء وذلك كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى

وما إليها من الحقوق الخاصة التى تكتسبها المرأة بهذا العقد وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى للأولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة التى يتوقف كمالها على مراعاة الكفاءة والأصل فى مثل هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الأصلية ويكفى فى مراعاة ما للغير من حق ثانوى أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مظنة للفوائد التى قد تعود اليه . وهذا ما يريده الحنفية من قولهم : إنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الأزواج وإنما يطالب الولى بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

ادلة القائلين باشتراط الولى لمباشرة العقد

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) وما استدل به الحنفية من قوله تعالى (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) ووجه الاستدلال بالأولين أن الخطاب موجه إلى الأولياء فدل على أن الزواج اليهم لا إلى النساء ، ووجه الاستدلال بالثالثة أنها نهت الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترن من الأزواج . قالوا وإنما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع فدل على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ماورد فى سبب نزول الآية فقد روى البخارى فى صحيحه وأبو داود والترمذى وصححه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه . قال زوجت أختا لى فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبداً وكان رجلا لا بأس به وكانت تريد أن ترجع اليه فعلم الله حاجته اليها وحاجتها اليه . فأنزل الله هذه الآية (وإذا طلقتم النساء) الخ فقلت : الآن أفعل يارسول الله قال فزوجها اياه .

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها فى زوجها وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب فى الآية للأزواج كما قيل .

وقد ورد عن ابن عباس وعائشـــة وطاوس ومجاهـــد وغيرهم فى تفســـير (الذى بيده عقدة النـكاح) فى آية (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أنه الولى .

وأما السنة . فأولا . مارواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائى عن أبى موسى أن النبى ﷺ . قال : (لانكاح إلا بولى) وصححه ابن حبان والحاكم وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبى ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش . ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً . قالوا وهو صريح فى أن النكاح لايصح بدون ولى .

(وثانياً) مارواه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال (أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ـ قالها ثلاثا ـ فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولى من لاولى له) .

(وثالثا) مارواه ابن ماجة والدارقطنى والبيهقى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التى تزوج نفسها) .

وأما المعقول فهو أن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر . والمرأة بما عندها من نقص الاختيار لاتحسن الاختيار لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة التى قد تغطى عليها جهة المصلحة فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت من مباشرة العقد .

واستدل داود ومن وافقه على التفرقة بين البكر والثيب بحديث (الثيب أحق بنفسها من وليها) وحديث (ليس للولى مع الثيب أمر) قالوا : هما صريحان فى أن كل أمر الثيب اليها وحدها ومنه عقـــد النـكاح وصريحان أيضا فى الأمر باستئذان البكر . فليس للبكر حق إلا أن تأذن فى نكاحها وهو يدل على أن الذى يتولى نكاحها انما هو غيرها وهو الولى الذى يستأذنها .

واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولى فقط بحديث عائشة (أيما امرأة) الخ فانه يدل على أن نـكاح المرأة نفسها إنما يـكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها فاذا زوجت نفسها باذن وليها صح نكاحها ولايتوقف على مباشرة الولى.

واستند محمد فى قوله : (ان العقد موقوف على اجازة الولى) الى هذا الحديث غير أنه قال : ان الاذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا .

واستدل الشعبى والزهرى على أن العقد صحيح فى الكفء باطل فى غيره بقول النبى صلى الله عليه وسلم لأم سلمة (ليس أحد من أوليائك شاهد أو غائب يكره ذلك) جوابا لقولها ليس أحد من أوليائى شاهدا . فانه يدل على صحة العقد بغير ولى حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء بأن توفرت الكفاءة ويدل بمفهومه على خلاف هذا .

هذه أدلة المذاهب فى مسألة النكاح بغير ولى ولعلك تلمح وأنت تقرأ أدلة الحنفية ما يستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه فى التفرقة بين البكر والثيب من أنه لا يعقل أن يكون للبكارة معنى يكون سببا فى بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن يتوفر فيها العقل والبلوغ وليس فى حديث (الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر وإذنها صماتها) مايدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر بل كل مايؤخذ منه أن يكتفى منها نظرا لحيائها بما يدل على رضاها بالنكاح أما أن العقد يكون باطلا إذا عقدته بنفسها فهذا مالايدل عليه الحديث . وعلى هذا فلا وجه لقولهم فى الاستدلال أنه ليس لها حق إلا أن تأذن فى نكاحها .

أما استدلال أبو ثور بحديث عائشة (أيما امرأة) فيتجه عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهرى غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى وبعضها من رواية الحجاج بن أرطأة عن الزهرى وبعضها من رواية ابن لهيعة عن شيخه عن الزهرى . وابن لهيعة معروف والحجاج بن أرطأة ضعيف ولم يثبت سماعه عن الزهرى لحديثه منقطع أما الطريق الأول فقد أخبر يحى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه فقال له أن سليمان بن موسى حدثنا به عنك . فأثنى على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قدوهم على وفى هذا إيماء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لا أنه ينساها لأن هذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفى بلفظ النفى . وقد نقل هذا الطحاوى فى معانى الآثار والحافظ بن حجر فى الدراية . وعلى هذا فلا وجه لاعلال هذه الحكاية

على ابن جريج كما لا وجه لقولهم : أنه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهرى — ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن موسى واهما فيه لأن الزهرى — كما تبين لم يكن ناسيا وإنما كان منكراً . هذا من جهة ومن جهة أخرى فان عائشة التى روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذنها فى هذا التزويج كما يدل عليه ما جاء فى رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر — امثلى يصنع به هذا ويفتات عليه فى بناته ، فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا وكان لا بد من اعادة العقد على حفصة مع أنه لم يحصل ، ثم لو كان صحيحا أيضا لما عملت عائشة على خلافه. وعلى فرض صحة الاحتجاج به فغايته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذى استدل به من لا يشترط الولى .

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب إليه .

أما استدلال الشعبى والزهرى بحديث زواج أم سلمة فيتجه عليه أنه استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم — على فرض اعتبارها — لا تقاوم منطوق أدلة من لا يشترطون مباشرة الولى . وهى — كما رأيت — عامة لم تفرق بين التزويج بالكفء والتزويج بغيره . على أن غاية ما يدل عليه هذا المفهوم أن المرأة حق الامتناع عن مباشرة العقد اذا كان الولى غائبا . وكان الزوج مظنة ألا يرضى به الولى . وبعد هذا يحتمل أن يكون امتناعها لعدم صحة العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لخوف اعتراض الولى على العقد وطلبه فسخه اذا حضر . وتعين أحد هذين الاحتمالين لابد له من دليل . والدليل قائم على تعين الثانى وذلك ما سبق من الادلة التى لم تفرق فى صحة العقد بعبارة النساء بين التزوج بالكفء والتزوج بغيره .

هذا وقد علمت أن هذه المذاهب رواية الحسن عن أبى حنيفة وقد نص علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى فى زواج غير الكفء . قال شمس الأئمة وهذا أقرب الى الاحتياط اذ ليس كل ولى يحسن المرافعة ولا كل قاض يحسن الحكومة ولو أنصف الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة لكثرة التردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضر فكان منعه دفعا له خصوصا أن الذين جعلوا للولى حق الاعتراض قيدوه بما إذا لم تلد أو تحبل حبلا

ظاهرا فيسقط مالهم من حق الاعتراض صونا للولد ومحافظة على الحمل من الضيا وبذلك يتقرر العار ولا سبيل للولى إلى دفعه . وهذا المعنى فى الواقع ترجيح لاحتمال عدم صحه العقد وتخصيص لأدلة الحنفية التى تفيد الصحة مطلقا بما اذا لم يكن الزواج من الكفء . وهو تخصيص بقاعدة ثابتة مستقرة فى الشريعة فلا مانع من قبوله . وقد يقال: ان غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولى فى غير الكفء اما ان العقد يكون بعبارته ويكون باطلا بعبارتها فلا دليل عليه وهو موضع النزاع .

أما استدلال الجمهور على لزوم الولى بآية « وانكحوا الأيامى منكم » وآية « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فيتجه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل احتمالا قويا أن يكون لعامة المسلمين لا لخصوص الأولياء ولا لأمرهم مباشرة عقد الزواج فهو من باب التشريع العام ويكون المسلمون مأمورين فى الآية الأولى بالعمل على اعفاف الأيامى وعدم الحجر عليهن فى التزوج كما كان يفعل أهل الجاهلية . ويدل على هذا ما روى عن النبى ﷺ . « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » . وواضح أن الغرض من ذلك الاعفاف بتسهيل طرقه وعدم الحجر على النساء فى الزواج . أما الآية الثانية فالمقصود منها هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة ، فهو تقرير مبدأ عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه فى علاقة الزوجية . وليس خطابا لخصوص الأولياء ولا نهيا لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين .

وأما آية « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فاستدلالهم بها مبنى على أن الخطاب فيها للأولياء ، وقد اختار الفخر الرازى أنها خطاب للأزواج . قال : والذى يدل عليه أن قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج فوجب أن يكون الجزاء خطابا معهم أيضا وإلا لزم تفكك النظم الكريم . ثم قال والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذى بين سبب النزول ».

ولك أن تختار ما سلف فى الآيتين الاوليين من أن الخطاب لعامة المسلمين والقصد نهيهم أن يقع بينهم عضل للنساء إذا حصل بينهم طلاق وخرجت المرأة من

عدته ونظرا لوجوب تكاتف المسلمين فى تنفيذ الأحكام فيما بينهم وجه الخطاب اليهم جميعا كما هو الشأن فى مثله من التشريع العام .

على أنا لو سلمنا أن الخطاب للأولياء فنهيهم عن العضل لا يدل على أن أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء . فان العضل هو المنع . والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى وهذا شىء يقدر عليه الأولياء وكان مألوفا عند كثير منهم . ويدل عليه قوله تعالى (أن ينكحن) حيث نسب النكاح اليهن لا إلى الأولياء ، وهو دليل واضح على أن العضل المنهى عنه هو منعهن عن أن يباشرن عقد زواجهن بمن يخترن من الأزواج ، وبذلك نرى أن الآية إنما تصلح دليلا لمن لا يشترط عبارة الولى فى النكاح .

أما استدلالهم بحديث (لا نكاح إلا بولى) فيتجه عليهم فيه أنه ضعيف مضطرب فى إسناده ، فرواه موصولا إسرائيل وشريك عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى عن النبى ﷺ ورواه منقطعاً أسباط بن محمد وآخرون عن يونس بن أبى اسحاق عن أبى بردة فلم يذكروا أبا إسحق ورواه مرسلا شعبة وسفيان الثورى فلم يذكرا أبا موسى وكل واحد من شعبة وسفيان حجة على إسرائيل وجميع من معه فكيف بهما إذا اجتمعا ؟ فهو حديث لا تقوم به حجة على أصلهم ولو سلمنا صحة الاحتجاج به — بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض فغايته أنه حسن وهو لا يعارض الصحيح الذى ذكرنا (الأيم أحق بنفسها) .

وقد علمت ما يتجه على حديث (أيما امرأة) ويزاد هنا أن هذا الحديث يخالف مذهب الجمهور فان مفهومه — وهم يعتدون بالمفهوم — أنها إذا نكحت بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم .

أما حديث (لا تزوج المرأة المرأة) فقد قال فيه ابن كثير الصحيح وقفه على أبى هريرة وقد جاء فى لفظ للدارقطنى (كنا نقول التى تزوج نفسها هى الزانية) وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها فى الزواج وليس فيه ما يدل على فساد العقد إذا باشرته المرأة . ألا ترى أنه سماه زواجاً . وهذا الأسلوب معروف فى التنفير . ومنه قوله تعالى (الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) .

ولا ريب أن محاسن العادات وما ينبغى للمرأة من عدم الخروج عن مألوفها أمر مستحسن ولكن فساد العقد بعبارتها شىء وراء ذلك ولم يقم عليه دليل إلى الآن .

أما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التى ذكروا للنكاح لا تتوقف على أن يباشر الولى العقد بنفسه بل يكفى فى حصولها أن يأذن لها الولى أو يرضى به ويباشر العقد بعد ذلك من يباشر . فهو دليل قاصر عن عموم الدعوى التى هى عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء . والعلة الحقيقية فى فوات هذه المصالح ليست هى الأنوثة كما يظن وإنما هى الصغر الذى من شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح . أما الأنوثة فليست ملزومة دائما ولا غالبا لفوات تلك المصالح فلا تصلح أن تكون مظنة . قال الكمال « ومجرد وقوع المفسدة أحيانا لا يوجب المظنة وإذا وجد فللولى رفعه وكون ولى يحتشم قليل بالنسبة إلى رفع العار عن النفس » .

ولو سلمنا فليس ما ذهبوا اليه متعيناً لرفع الخلل إذ لا فرق فى دفعه بين أخذ الرأى ومباشرة العقد .

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول ﷺ وقوله وقواعد الأهلية المقررة لصحة التصرفات . كل هذا يشهد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر سواء أكان لهن أم لغيرهن بوكالتهن ويكفى فى مراعاة حق الولى أن يستأذن فى غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذا لم يأذن ونقول مراعاة للاداب الإسلامية أنه يستحب أخذ رأى الولى وأن يباشر العقد بنفسه « كيلا تنسب إلى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات » .

وأن الشريعة الإسلامية — التى تقرر حق المرأة فى الحياة العامة وتجعل لها فى حياة الزوجية حقاً مثل حق الرجال (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف) وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف — ليبعد كل البعد أن تجعل عبارتها مفسدة للعقد حضر الولى أم غاب رضى الولى أم لم يرض .

وإذا صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما إذا غاب أو لم يأذن فما هى الشبهة فيما إذا حضر أو أذن ؟

المقدار المحرم من الرضاع

أجمع العلماء على أن الرضاع تثبت به حرمة النكاح كما تثبت بالنسب والمصاهرة واختلفوا بعد ذلك فى مقدار الرضاع الذى يثبت به ذلك التحريم فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء فى ثبوت التحريم وهو مذهب جمهور من السلف والخلف ورواية عن الإمام أحمد . وذهبت طائفة إلى أن المحرم منه قدر معين ولكنهم اختلفوا فى تحديد ذلك القدر . فقال أبو عبيد وأبو ثور وداود الظاهرى وابن المنذر لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وإنما يحرم الثلاث فما فوقها وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد . وقال آخرون لا يثبت التحريم بأقل من خمس رضعات متفرقات وهو مذهب الشافعي وظاهر الروايات عن أحمد وإحدى روايات ثلاث عن عائشة والثانية عنها لا يحرم أقل من سبع والثالثة لا يحرم أقل من عشرة وسنقتصر فى البحث والمقارنة على غير هاتين الروايتين .

الأدلة

استدل أبو عبيد ومن معه بما رواه الجماعة إلا البخارى عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تحرم المصة ولا المصتان . وبما رواه أحمد ومسلم عن أم الفضل أن رجلا سأل النبى ﷺ أتحرم المصة فقال لا . لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان . وفى رواية قالت : دخل أعرابى على نبى الله ﷺ وهو فى بيتى فقال يا نبى الله إنى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت امرأتى الحدثى رضعة أو رضعتين فقال النبى ﷺ لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان .

قالوا هذه أحاديث صحيحة ثابتة رواها الثقاة وهى صريحة فى نفى التحريم بما دون الثلاثة فتكون مقيدة لمطلق الارضاع الثابت بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وما أشبهه بما ورد فى الأحاديث . تقييده بغير الرضعة والرضعتين وهو الثلاث فما فوقها .

واستدل الشافعية . أولا بما روى مسلم وأبو داود والنسائى عن عائشة أنها قالت : كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن وثانيا بما رواه مالك فى الموطأ وأحمد عن عائشة أنها قالت أن أبا حذيفة تبنى سالما وهو مولى لامرأة من الأنصار كما تبنى النبى ﷺ زيداً وكان من تبنى رجلا فى الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى أنزل الله عز وجل .

ادعوهم لآبائهم هو أقسط عنـــد الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم فردوا إلى آبائهم فمن لم يعلم له أب فولى وأخ فى الدين فجاءت سهلة فقالت يارسول الله كنا نرى سالما ولدا يأوى معى ومع أبى حذيفة . ويرانى فضلى . وقد أنزل الله عز وجل فيهم ماقد علمت فقال أرضعيه خمس رضعات فكان بمنزلة ولده من الرضاعة .

قالوا وعائشة أعلم الأمة بحكم هذه المسألة هى ونساء النبى وقد كانت إذا أرادت أن تدخل عليها أحدا أمرت إحدى بنات اخوتها أو اخواتها فأرضعته خمس رضعات فهذا عملها وذلك مرويها وكلاهما صريح فى أن التحريم إنما يتعلق بالخمس فيكون مطلق الكتاب والسنة مقيداً بها . أما أحاديث المصة والمصتين فتنفى التحريم بمطلق الرضاع ولا تثبت التحريم بالثلاث والأربع إلا بالمفهوم وهو مفهوم عدد لا يقوى على معارضة مفهوم الحصر الثابت فى رواية ابن ماجة عن عائشة : لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات وهذا طريق يجمع بين النصوص الواردة فى الباب كلها بدون أن يهمل شىء منها .

وفى الأخذ بالمطلق إهمال لأحاديث الخمس ولا شك أن إعمال الأدلة كلها خير من إهمال بعضها .

واستدلوا ثالثا : بأن المعنى المحرم فى الرضاع إنما هو شبهة الجزئية التى تحدث باللبن المنبت للحم المنشز للعظم . وهذا لا يتحقق بالقليل من الرضاع فلا يكون القليل محرماً فوجب المصير الى ما ثبت بالسنة وهو الخمس .

واستدل الجمهور . أولا — بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) فانه علق التحريم بالارضاع من غير تقدير بعدد معين فكيفما وجد الإرضاع

تحقق الحكم . وثانيا بما روى عن عقبـــة بن الحارث أنه تزوج أم يحي بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتـكما قال . فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما فنهاه عنها . أمره بتركها ونهاه عن قربانها لمجرد إخبارها بالرضاع من غير استفصال عن عـدد ولا كيفية . وقد قال العلماء (إن ترك الاستفصال فى الأحوال ينزل منزلة عموم المقال) .

وثالثا — بآثار مروية عن الصحابة فقد روى عن على وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وعن ابن عمر الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة الواحدة والرضعتان قال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلا الآية ولما بلغه أن عائشة تقول لا تحرم المصة والمصتان قال حكم الله أولى وخير من حكمها .

ورابعا — بأن الرضاع فعل يتعلق به التحريم فيستوى قليله وكثيره كالوطء الموجب له وذلك لأن شأن الشارع إناطة الحكم بالحقيقة مجردة على شرط التكرار والكثرة فكلما وجدت الحقيقة وجد الحكم .

ثم قالوا إن المعنى الموجب للتحريم فى الرضاع وإن كان فى الحقيقه هو الجزئية الحاصلة بتحول الغذاء إلى اللحم والعظم إلا أنها أمر خفى غير ظاهر والمعروف بين الشرع إناطة الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة . فالحكم لم يتعلق بالجزئية ههنا لخفائها وإنما تعلق بالارضاع لظهوره وانضباطه ونظيره إناطة الغسل بالايلاج والرخصة بالسفر .

* * *

قيل لأبى عبيد ومن معه . أن الأحاديث لا تدل إلا على أن مجرد المصة والمصتين من جهة الصبي أو الاملاجة والاملاجتين من جهة المرأة لا يثبت بها التحريم وجائز أن يكون ذلك من قبل أن اللبن لا ينفصل بها لضعف الصبي وحاجته إلى تكرار المص . فالغرض من الحديث دفع توهم ثبوت التحريم بمجرد التقام الصبي الثدى أو إدخال الثدى فى فمه . وهو لا يثبت إلا بتحقق وصول اللبن إلى الجوف . وما جاء فى بعض الروايات من كلمة رضعة . فتصرف من الراوى يدل عليه نفى التحريم

بالمصة بعد نفى التحريم بالرضعة . وقدقال ابن عباس حينما سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم ؟ إذا عق الصبي فقد حرم . والعق اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد إذا وصل اللبن إلى جوفه . يقال عقيتم صبيكم أى سقيتموه ليسقط عنه عقبه وهو لايسقط إلا إذا سار اللبن فى جوفه فدل هذا على أن المعول عليه وصول اللبن إلى الجوف ومن هنا يظهر وجه حمل هذه الاحاديث على ما ذكرنا على أن الامام الطحاوى . ذكر أن فى حديث المصة اضطرابا وقال أن مداره على عروة بن الزبير عن عائشة . وروى أنه سئل عن الرضاعة فقال ما كان فى الحولين وإن كان قطرة واحدة محرم وفتوى الراوى بخلاف روايته يوهنها .

وقال الشافعية: ان حديث عائشة الأول فيه اضطراب وانقطاع من جهة معناه أما اضطرابه فقد جاء كما فى الرواية السابقة لمسلم وأبو دواد والنسائى وجاء فى ر اية ثانية لمسلم : نزل فى القرآن عشر رضعات معلومات ثم نزل أيضا خمس معلومات وفى رواية ثالثة للترمذى : أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك وفى رواية رابعة لابن ماجه كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن ثم سقط لايحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات فهذه الروايات يدل بعضها وهو الرواية الاولى على بقاء التحريم بالخمس متلوا فى القرآن بعد وفاة الرسول ﷺ وبعضها وهو رواية ابن ماجه يدل على النسخ المعبر عنه بالسقوط كما تدل هذه على أن حكم العشر والخمس نزل مرة واحدة فى جملة واحدة ثم سقط الأمران معا فى حين ان غيرها يدل على أن حكم العشر نزل أولا ثم نزل حكم الخمس ناسخا لما زاد عليها وهو اضطراب يضعف الحديث ويسقط الاستدلال به فان قيل أن الراجح غير رواية ابن ماجة وهى أن العشر نزلت أولا ثم نسخت بنزول الخمس ثانيا وبقيت الخمس حتى توفى الرسول (وهن فيما يقرأ من القرآن) قلنا كيف هذا وهو لم يثبت فى القرآن ؟ وهل هذا إلا قول بضيـــاع شيء منه بعد الرسول ﷺ ؟ نعوذ بالله من هذا ومن تمحل الجواب عنه .

قال ابن القيم فى زاد المعاد هو قرآن لم يتواتر وقد نسخ لفظه وبقى حكمه فيكون له حكم قوله (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجوهما) مما اكتفى بنقله آحاد

وحكمه ثابت أما قول عائشة فتوفى الرسول وهن فيما يقرأ فالمراد أنه لقرب عهد الوفاة بالنسخ كان يقرؤها من لم يبلغه النسخ ا ه .

وهذا تأويل بعيد لا يساعد عليه ظاهر الرواية وإن سلمناه وقلنا أنه خير من زعم أنه سقط شيء من القرآن أو أنه لم يتواتر فلم يثبت فى القرآن فهو يدل على نسخ الكل لا على البعض كما يقولون والقول بالنسخ مع بقاء الحكم يحتاج إلى دليل لأن الأصل ان نسخ الدال يرفع حكمه! قال الكمال : وأما ما نظر به من الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما فلولا ماعلم بالسنة والاجماع لم يثبت به .

هذا وقد تساءل صاحب المنار فى تفسيره عن حكمة نسخ العشر بالخمس عند من عمل برواية عائشة . وعن حكمه نسخ الخمس عند من قبل روايتها وادعى أن الخمس نسخت بنسخ التلاوة ؟ وقال إن أقصى ما يمكن أن يقال فى بيان الحكم أنها التدرج فى التحريم كما فى الخمر ولكن بين التحريم بالرضاع وتحريم الخمر فرقا فشرب الخمر من شأنه إغراء الشارب فيصعب تركه مرة واحدة ولا كذلك نكاح المرضعة ثم استبعد وقوع النسخ فى هذا الحكم وقال إذا كانت العلة فى التحريم بالرضاعة وهى الجزئية . تتحقق بالثلاث أو الخمس . فكيف يجعلها الحكيم عشراً ثم خمساً ثم أقل من ذلك ؟ الحق أنه لا يظهر لهذا النسخ حكمة ولا يتفق مع ماذكر من العلة وإن رد هذه الرواية عن عائشة لأهون من قبولها مع عدم عمل جمهور من السلف والخلف بها . فان لم نعتمد روايتها فلنا أسوة بمثل البخارى وبمن قالوا باضطرابها خلافا للنووى وإن لم نعتمد معناها فلنا أسوة بمن ذكرنا من الصحابة والتابعين ومن تبعهم فى ذلك كالحنفية وهى عند مسلم عن رواية عمرة عن عائشة أو ليس رد رواية عمرة وعدم الثقة بها أولى من القول بنزول شيء من القرآن لا تظهر له حكمة ولا فائدة ثم نسخه أو سقوطه أو ضياعه اه وقال القاضى أبو بكر بن العربى (أما حديث عائشة فهو أضعف الأدلة لأنها قالت كان مما نزل من القرآن ولم يثبت أصله فكيف يثبت فرعه) أما حديث سالم . فلم يذكر مسلم فيه عددا على أن الشافعية الذين يستدلون به يرون أن المحرم خمس رضعات مشبعات وليس من المعقول أن ترضع المرأة الرجل فتشبعه قال الكمال (لان الرجل لا يشبعه من اللبن رطل

ولا رطلان وأين تجد الآدمية فى ثديها قدر ما يشبعه . هذا محال عادة فالظاهر أنه معدود خمسا فيه المصات .

ثم قال كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيئا مقدار خمس مصات فيشربه . ثم هو بعد ذلك فى رضاع الكبير وقد صح أنه ليس محرما ففى الموطأ وسنن أبى داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعرى فقال إنى مصصت من ثدى امرأتى لبنا فذهب فى بطنى ؟ فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك فقال عبــــد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل . فقال أبو موسى فما تقول أنت ؛ فقال عبد الله . لارضاع إلا ما كان فى حولين . فقال أبو موسى لاتسألونى عن شىء مادام هذا الحبر بين أظهركم . وجاء فى الصحيحين عن عائشة نفسها أن رسول الله ﷺ قال إنما الرضاعة من المجاعة . والقول بأن عائشة رضى الله عنها كانت إذا أرادت أن تدخل عليها أحداً أمرت إحدى قريباتها بارضاعه قول لايتفق ونزاهة عائشة رضى الله عنها ومكانتها الدينية التى تأبى عليها أساليب الاحتيال وهى التى روت قول الرسول ﷺ لها : أنظرن من إخوانكم إنما الرضاعة من المجاعة . والذى يقبل قصة سالم يرى أنها رخصة لسهلة خاصة نظراً لنشأته صغيرا بينهما وقد جاء ذلك مصرحا به على لسان أمهات المؤمنين. والظاهر أن التحريم لايثبت بما دون الرضعة لأن المحرم بنص القرآن هو الارضاع والارضاع لايتحقق إلا بمرة منه وهى الرضعة . والرضعة هى أن يأخذ الصبى الثدى ولايتركه إلا طائعا . نظيرا لأكله . ونومه . وما اليهما وبهذا يكون القرآن مطلقاً فى الرضعات قليلها وكثيرها وتكون أحاديث المصة والاملاجة متفقة مع هذا الاطلاق إذ كل منهما غير الرضعة .

قال ابن العربى ورأى مالك وأبو حنيفة الأخذ بمطلق القرآن وهو الصحيح لأنه عمل بعموم القرآن وتعلق به . وقد قوى ذلك بأنه من باب التحريم فى الأبضاع والحوطة على الفروج فقد وجب القول به لمن يرى العموم ومن لايراه والله أعلم .

الطلاق البدعى

شرع الله الزواج لمقاصد سامية لاتتحقق إلا إذا أحسنت العشرة بين الزوجين وترابطت قلوبهما . وحرصاً على بقاء هذه العلاقة قوية متينة أحاطها الشارع بسياج منيع يحفظها من الضعف والانحلال . ومن ذلك أنه أمر أولى الشأن إذا خافوا الشقاق بين الزوجين أن يسارعوا إلى تلافيه بالاصلاح وأرشد الزوج إلى ألا يتأثر بما يجد فى نفسه من بغض وكراهة وأطمعه فى خير كثير يناله إذا لم يساير هذه العاطفة . قال الله تعالى . (وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا) ونفر من الطلاق وجعله بغيضا عنده لما فيه من قطع ما يجب الله أن يوصل — روى ابن عمر عنه ﷺ أنه قال أبغض الحلال إلى الله الطلاق . وروى عن ثوبان أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة .

ومن ذلك تعلم أن الأصل فى الطلاق والحظر لما فيه من كفران نعمة النكاح وهدم مقاصده وإلحاق الايذاء بالزوجة وأهلها وأولادها ولكن الشارع الحكيم قدر أن العشرة بين الزوجين قد تسوء ويتفاقم شرها ولايجدى فى إصلاحها علاج فأذن عند ذلك بالفراق وجعله سبيلا للخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله وقد يعرض ما يجعل الفراق مندوبا أو واجبا .

هذا حكم الطلاق بالنظر إلى ذاته ، وله مع ذلك حكم آخر باعتبار وقته وعدده وهو بهذا الاعتبار يكون سنيا وبدعيا .

والكلام هنا فى موضعين ـ الأول ـ فيما يكون سنيا وما لا يكون ـ الثانى ـ فى وقوع البدعى وعدم وقوعه ، واليك فى الموضعين ما اتفق العلماء عليه وما اختلفوا فيه .

الموضع الأول : سنى الطلاق وبدعيه

اتفق العلماء فى هذا الموضع على ما يأتى :

(ا) أن طلاق المدخول بها فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة لم يتبعها فى عدة بطلقة أخرى سنى .

(ب) أن طلاقها فى الحيض أو النفاس أو فى طهر مسها فيه بدعى إذا كانت غير حامل

(ج) ان طلاق غير المدخول بها ليس سنياً ولا بدعياً من جهة الوقت إلا ما يروى عن زفر من أن طلاقها حالة الحيض بدعي كالمدخول بها .

وأما الذى اختلفوا فيه من هذا الموضوع فهو :

(أ) سنية الطلاق وبدعيته من جهة العدد فقال الشافعية : ليس فى الجميع بدعة ولا فى التفريق سنة والمدخول بها وغيرها سواء . بل نقل ابن رشد عن الشافعى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق للسنة وقال الحنفية والمالكية إن إيقاع الثلاث والثنتين دفعة واحدة أو متفرقة فى طهر واحد بدعى يستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها ، وللحنابلة فى الثلاث روايتان إحداهما أنه غير بدعى واختارها الخرقى الثانية أنه بدعى واختارها أبو بكر وأبو حفص . أما الثنتان دفعة أو متفرقة فى طهر فسنى ، هذا فى المدخول أما غير المدخول بها فلا سنة ولا بدعة فى طلاقها وقتا ولا عدداً .

(ب) إذا أردف طلاق المدخول بها المتفق على سنيته بطلاق آخر فى العدة فقال المالكية والحنابلة يكون بدعيا وقال الحنفية يكون سنياً إذا وزعت الطلقات على الأطهار .

(ج) طلاق الآيسة والصغيرة : فذهب الحنفية إلى أنه يكون سنياً وبدعيا من حيث الوقت فالسنى فيهما أن يطلق واحدة أو أكثر بشرط أن يفصل بين كل تطليقتين بشهر وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه لا سنة ولا بدعة فى طلاقهما من حيث الوقت .

(د) طلاق الحامل فقال أبو حنيفة وأبو يوسف هى كالآيسة والصغيرة يكون طلاقها سنيا بواحدة أو بثلاث فى ثلاثة أشهر وقال محمد وزفر لا يكون سنيا إلا بواحدة وقال الأئمة الثلاثة لا يوصف طلاقها بسنة ولا بدعة .

والخلاصة : أن الحنفية يرون أن الطلاق يكون سنياً وبدعيا من حيث الوقت والعدد فى المدخول بها ومن حيث العدد فقط فى غير المدخول بها أما من حيث الوقت فليس فى طلاقها سنة ولا بدعة .

وأن الشافعية يرون أنه لا سنة ولا بدعة فى العدد مطلقا . أما من حيث الوقت فيرون أن طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة وطلاق الحكمين والحاكم على المولى بطلبها وطلاق المتحيرة ليس سنيا ولا بدعيا وما عدا ذلك فاما سنى وأما بدعى .

وان الحنابلة يرون أن طلاق الآيسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل لا يكون سنيا ولا بدعيا فى وقت ولا عدد ، وما عدا ذلك يكون سنيا وبدعيا من حيث الوقت والعدد . وان المالكية يرون ان طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها لا يوصف بسنية ولا بدعية من حيث الوقت اما من حيث العدد فيكون سنيا وبدعيا .

هذه هى آراء الأئمة فى سنى الطلاق وبدعيه والأصل فيما اتفقوا على سنيته أو بدعيته قوله تعالى: (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) وقوله ﷺ لعمر — وقد طلق ابنه عبد الله امرأته فى الحيض (مره فليراجعها . أو ليطلقها طاهراً أو حاملا) فان معنى الآية الأمر بتطليق النساء فى الوقت الذى تستقبل فيه العدة وقد ورد عن النبى ﷺ بيانه بقوله فى حديث ابن عمر . فان بداله أن يطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ومن ذلك استنبط العلماء أن الطلاق الذى يطول العدة على المرأة أو يوقع اشتباها فى العدة أو يقع فى زمن فتور الرغبة فيها يكون بدعيا وقد وجدت هذه المعانى كلها فيما اتفقوا على بدعيته . ولم يوجد واحد منها فيما اتفقوا على سنيته ولما كانت الرغبة متوفرة فى غير المدخول بها دائما وليس لها عدة يخشى طولها أو اشتباهها جاز طلاقها فى الحيض والطهر على حد سواء ولم يكن طلاقها من حيث الوقت سنيا ولا بدعيا إلا أن زفر يقول أن وقت الحيض فى ذاته زمن نفرة فطلاقها فيه كطلاق المدخول بها فيه ووجه الجمهور واضح .

الأدلة فى مواضع الاختلاف

استدل الشافعية على مذهبهم فى المسألة الأولى باطلاق النصوص الواردة فى الطلاق وذلك مثل قوله تعالى : (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء) الآية و (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء) الآية حيث لم يقيد الطلاق فيها بعدد مخصوص .

وبما روى عن سهل بن سعد قال لما لاعن أخو بنى عجلان امرأته قال يارسول الله كذبت عليها ان أمسكتها فطلقها ثلاثا ولم ينكر ذلك عليه ﷺ .

وبما جاء فى بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس (طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله نفقة ولا سكنى ولم ينكر عليه أيضا .

وبأن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر ثلاثا فى مرضه . وبأن الحسن بن على رضى الله عنه طلق امرأته شبهاء حينما هنأته بالخلافة بعد موت أبيه ثم قالوا ان الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر وأما حرمة الطلاق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه فهى للمضارة أو لاشتباه وجه العدة وقالوا لو طلق نساءه الأربع بكلمة واحدة كان سنيا اتفاقا فكذلك إذا جمع الثلاث لواحدة .

واستدل المالكية والحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان إلى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره — قال الكمال دلت الآية على ألا طلاق مشروع إلا كما جاء فيها إذ ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثاً بكلمة واحدة .

أما السنة . فما روى عن ابن عباس أنه قال للذى طلق ثلاثا عصيت ربك وفارقت امرأتك . وما جاء فى حديث عبادة بن الصامت حيث قال ﷺ بانت بثلاث فى معصية الله وما روى النسائى عن محمود بن لبيد . قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال لرسول الله ﷺ ألا أقتله ؟

أما المعقول فقالوا الأصل فى الطلاق الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية وكفران نعمة النكاح ولا يخرج عن هذا الأصل إلا عند الحاجة وما شرع لحاجة يقدر بقدرها ويكفى فى دفع الحاجة الواحدة أو التفريق على الاطهار والجمع مع كونه زيادة مفوت للحكمة المقصودة للشارع من التفريق وهى التدارك عند الندم وبهذا التقرير اندفع قول الشافعية أن الأصل فيه الاباحة وهى لاتجامع الحظر أما آيات الكتاب المطلقة فهى مقيدة بالآية التى ذكرنا وأما عدم الانكار على عويمر فلأن الفرقة لم تقع بالطلاق بل بلعانهما وأما الأحاديث الأخرى فلم يقع جمع الثلاث فيها بين يديه ﷺ حتى يكون مقرا له ولم يحضر المطلق حتى ينكر عليه على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطليقة كانت قد بقيت لها من طلاقها .

وقد روى محمد بن سيرين عن على كرم الله وجهه أنه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق مايتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فتى شاء راجعها .

* * *

واستدل المالكية على مذهبهم فى مسألة تفريق الطلقات على الأطهار بأن الأصل فى الطلاق الحظر كما قرر فى المسألة السابقة وأن الاباحة للحاجة وهى تندفع بالواحدة واستدل الحنفية بقوله ﷺ فى حادثة ابن عمر وقد أراد أن يتبع الطلقة التى أوقعها فى الحيض بطلقتين أخريين عند القرأين يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة . السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرنى فراجعتها فقال إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو امسك وأما القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر وإنما يباح للحاجة فسلم ولانسلم أن الحاجة تندفع بالواحدة فى كل حال بل قد يحتاج إلى أن يفطم نفسه عنها على وجه يأمن فيه من عروض الندم فاذا عاد تطليقها فى الطهر وهو زمن تجدد الرغبة دل على تمكن تلك الحاجة من نفسه .

ولايخفى أن مدرك المالكية فى هذه أظهر ولا دلالة فى الحديث لأنه تشريع عام لايخص الحادثة بدليل قوله إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو امسك على أن فى ارداف الطلقات تكريرا لفجيعة المرأة وزيادة فى إيلامها بغير موجب ولأن يفطم المرء نفسه بعزيمته خير من أن يفطمها بايذاء المرأة .

أما الخلاف فى المسألتين الأخيرتين فمع ابتنائه فى الجلة على الخلافية الثانية فأمره سهل لاتفاقهم على أن تطليق كل منهن واحدة ليس بدعياً .

وقوع الطلاق البدعى

قد علمت أن من البدعى ما يرجع إلى الوقت ومنه ما يرجع إلى العدد وقد قال ابن القيم فى زاد المعاد : أجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذى أذن الله فيه واباحه إذا كان مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له . واختلفوا فى وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان — المسألة الاولى — الطلاق فى الحيض أوفى الطهر الذى مس فيه — المسألة الثانية — الطلاق بجمع الثلاث . ولنفرد لكل منهما بحثا على حدة .

وقوع الطلاق فى الحيض او فى طهر مس فيه

اختلف العلماء فى هذه المسألة . فذهب الأئمة الأربعة وجمور الفقهاء إلى القول بالوقوع وذهبت طائفة إلى القول بعدم وقوعه منهم الباقر والصادق من أئمة الشيعة . وابن علية من فقهاء المعتزلة . وارتضاه ودافع عنه من الحنابلة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وغير ذلك من آيات الطلاق . قالوا جاءت هذه الآيات مرتبة على مطلق الطلاق حكمه من غير أن تقيده بوقت دون وقت ولا بمطلقة دون مطلقة فدل ذلك على الوقوع فى عموم الأوقات والأحوال ولم يوجد من النصوص بما يفيد إطلاق هذه الآيات فوجب القول بوقوع الطلاق فى طهر أو حيض — أما السنة : فما ورد فى قصة عبد الله بن عمر من الألفاظ الدالة على الوقوع . وأولها قوله ﷺ فى حديث رواه الجماعة (مره فليراجعها) أمره بالمراجعة وهى إنما تكون بعد وقوع الطلاق — ثانيها ما فى رواية للشيخين (وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها) . ثالثها قول ابن عمر لما قيل له أيحتسب بتلك التطليقة (أرأيت أن عجز واستحمق) أى أن عجزه وحمقه يكون عذرا له فى عدم احتسابها . رابعها ماجاء فى رواية أحمد ومسلم والنسائى (وكان ابن عمر إذا سئل عن الطلاق فى الحيض قال لأحدهم : أما إن طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله أمرنى بهذا وإن كنت طلقت ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك) . قالوا هذا عبد الله بن عمر الواقف عند المأثور وهو صاحب قصة الطلاق فى الحيض يخبر ان الطلقة احتسبت عليه وينكر عدم احتسابها ويفتى بوقوعها .

ثانيا — ماورد عن حماد بن زيد عن أنس رضى الله عنه قال رسول الله ﷺ من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته . قالوا وقد أفتى بوقوع هذا الطلاق عثمان وزيد ابن ثابت .

أما المعقول فقالوا . إنه طلاق صادر من اهله فى محله فيقع . والطلاق ليس عبادة ولاقربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة الأمر . وإنما هو إزالة العصمة وإسقاط الحق فلا تتقيد سببيته بوقت معين والنهى عنه فى وقت الحيض ليس لفقده السببية وإلا لما نهى عنه . وإنما كان النهى لأمر خارج عن حقيقته وعن سببيته وهو الاضرار بالزوجة بتطويل العدة عليها .

واستدل القائلون بعدم الوقوع بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قالوا ان الأصل فى الطلاق الحظر وقد دلت الآية على إباحته — للحاجة — فى وقت معين وهو وقت استقبال العدة فتقتصر مشروعيته على مورد النص ويبقى ما عداه على الأصل غير مشروع فلا يقع وتكون هذه الآية مقيدة لاطلاق النصوص الواردة فى الطلاق مبينة أن الطلاق الوارد فيها المستعقب لآثاره هو الطلاق على هذا الوجه المذكور فى الآية . ويوضح هذا ما عرف من أن النصوص الواردة فى العبادات وسائر المعاملات كالأنكحة والبيوع — وإن كان مطلقة — لاتشمل إلا المشروع منها .

أما السنة . فما صح من قوله صلى الله عليه وسلم (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد . أو كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد) ولا كلام فى صحة هذا الحديث كما أنه لا كلام فى أن محل النزاع ليس مشروعا . ويقتضى هذا أنه مردود على صاحبه ولا يترتب على المردود أثر .

ثانيا : ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى (أن ابن عمر سئل كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا . فقال طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فقال أن عبدالله طلق امرأته وهى حائض قال عبد الله فردها على ولم يرها شيئا) قالوا : الحديث من رواية رجال ثقاة أئمة حفاظ . وهو ظاهر فى إهمال هذا الطلاق وعدم وقوعه .

أما المعقول . فقالوا : لاخلاف أن الشارع نهى عن هذا الطلاق ولم يأذن للزوج فيه فلا يكون مالكا له وكل ما كان كذلك لايصح ولا ينفذ . أما أولا فلأن النهى يقتضى فساد المنهى عنه وقد سبق رد الرسول لما خالف الأمر وأما ثانيا فلأن

الفقهاء قالوا : لو وكل رجلا أن يطلق امرأته طلاقا جائزاً فطلقها طلاقا حراما لم يقع : فكيف يكون إذن الخارق متعبراً دون إذن الشارع .

ومن البين أن المكلف إنما يتصرف بالاذن فما لم يأذن به الله ورسوله لايكون محلا للتصرف البتة . وما ذلك إلا كتطليق الأجنبية والطلقة الرابعة وقالوا أن النهى حجر من الشارع فلو قلنا بالوقوع لم يكن لحجر الشارع معنى وكيف يكون حجر القاضى عن منعه التصرف أقوى من حجر الشارع وقال أن النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين إلا بيقين مثله من كتاب أوسنة صحيحة صريحة أوإجماع . ولاسبيل إلى واحد من هذه الثلاثة . فلا تزول العصمة بهذا الطلاق المحظور .

* * *

هذه أدلة الفريقين فى المسألة . وقد نوقش الجمهور فى الاستدلال بالآيات المطلقة بما سلف فى أدلة المخالفين من أنها مقيدة بآية فطلقوهن لعدتهن .

وفى استدلالهم بقصة ابن عمر من وجوه أولها أن كلمة المراجعة ليست صريحة فى وقوع الطلاق لأنها جاءت فى كلام الله وكلام رسوله على ثلاثة معان أحدها ابتداء النكاح كما فى قوله تعالى (فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله) ثانيها رد الشيء إلى الحالة الحسية التى كان عليها أولا كقوله ﷺ للنعمان بن بشير لما انحل ابنه غلاما خصه به دون ولده أرجعه . وقوله تعالى فلا ترجعوهن إلى الكفار ثالثها استدامة الملك بعد الطلاق . ومع هذا الاحتمال لايتم بها استدلال . ثانيا أن حسبانها الوارد فيه لم يضف عينا إلى الرسول ﷺ بل الظاهر أن احتسابها كان اجتهادا من ابن عمر بدليل قوله أرأيت فانه لاحاجة إلى الرأى مع النص .

وقيل لهم فى حديث أنس (من طلق فى بدعة الزمناه بدعته) حديث باطل لم يروه أحد من الثقاة وإنما هو من حديث إسماعيل بن أمية الكذاب وكذلك طعن فى نقل فتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضى الله عنهما .

ونوقشوا فى المعقول بمنع أنه صادر فى المحل لأن محل الطلاق مابينته آية فطلقوهن لعدتهن وكونه إزالة العصمة وإسقاط الحق لايبرر وقوعه ونفاه عند مخالفة الأمر لأنه لم يملك ذلك الاسقاط إلا على وجه خاص .

وقد ناقش الجمهور أدلة المخالفين . فقالوا : لامعارضة بين قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وبين الآيات المطلقة حتى يحمل المطلق على المقيد . لأن المقيدة سيقت لبيان وقت التطليق الذى لايلحق المرأة فيه ضرر والآيات الأخرى سيقت لبيان الاحكام التى تترتب على وقوع الطلاق وقد يكون منه الطلاق لغير العدة وليس فى الآية الثانية ما ينفى وقوعه . وكونه محظورا لأمر لا يرجع الى حقيقته الشرعية لا يمنع وقوعه وصحته ؟ . وما حظر الا لأنه يقع ويترتب عليه أثره اذ لو كان غير واقع لما لحق الزوجة منه ضرر ويكون لغوا من القول وأما عدم شمول نصوص العبادات والمعاملات للفاسد فلأن الفساد خلل راجع الى حقيقتها أما ما يرجع الخلل فيه الى غير الذات فلا نسلم أنها لا تشملها ولذلك كان فى العبادات والمعاملات الفاسد والصحيح والمكروه وهذا آية أن النهى لا ينافى المشروعية باطلاق .

وقيل لهم فى الحديث (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) إن الرد عدم القبول . ولا يلزم منه عدم الصحة . فكم من شىء صحيح غير مقبول ولا مثاب عليه .

وقيل لهم فى قول ابن عمر (فردها على ولم يرها شيئا) ان هذا الحديث قد أعله أحمد بمخالفة رواية أبى الزبير لسائر الحفاظ . وقال أبو داود : وروى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ما قال أبو الزبير . وقال ابن عبد البر قوله (ولم يرها شيئا) منكر لم يقله غير أبى الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف اذا خالفه من هو أوثق منه . وقال الخطابى قال أهل الحديث لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا . وقد يحتمل أن يكون معناه لم يرها شيئا تحرم معه المراجعة أو لم يرها شيئا جائزا فى السنة ماضيا فى الاختيار . وأمام هذا التجريح لا تجدى محاولة التعديل والتصحيح .

ونوقشوا فى المعقول بما سبق تقريره فى تأثير النهى فى المنهى عنه . وأما مسألة التوكيل وحجر القاضى فالقياس عليهما قياس مع الفارق . لأن الوكيل فى هذا الباب سفير ومعبر عن الموكل . والسفير لا يملك غير ما فوض اليه ولأن حجر القاضى مبنى على عدم أهلية المحجور للتصرف قال الطحاوى وليس ذلك كالوكالات لأن الوكلاء انما يفعلون ذلك للموكلين فيحلون فى أفعالهم محلهم فان فعلوا ذلك كما أمروا لزمهم . وان فعلوا ذلك على غير ما أمروا به لم يلزم . والعباد فى طلاقهم

إنما يفعلونه لأنفسهم لا لغيرهم ولا لربهم عز وجل . أما طلاق الاجنبية والطلقة الرابعة فبطلانهما لانعدام المحل ولا كذلك محل النزاع . وقولهم أن النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين الا بيقين مثله مسلم وليس بعد النطق بالطلاق ممن يقصده وهو أهل له فى محله الشرعى يقين . فاذا منعوا المحاية لجوابه ما سبق فى أثر النهى

وبعد فلعلك بموازنة أدلة الفريقين والنظر فى المناقشة من الجانبين تعرف أن مذهب الجمهور أسعد حظا بالقياس والنص .

إيقاع الثلاث بكلمة واحدة فى وقت واحد

للعلماء فى هذه المسألة مذاهب فالأئمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين على أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة واقع . وذهبت طائفة إلى أن الذى يقع به واحدة رجعية . ومن هؤلاء الزيدية من الشيعة وابن تيمية وتلميذه من الحنابلة قال ابن القيم : وأفتى بعض أصحاب مالك حكاه التلمسانى قولا لبعض المالكية فى شرح تفريع ابن الجلاب وأفتى به بعض الحنفية حكاه أبو بكر الرازى عن محمد بن مقاتل . وأفتى به بعض أصحاب أحمد حكاه ابن تيمية عنه قال وكان الجد يفتى به أحيانا .

وجاء فى نيل الأوطار أن ابن مغيث نقله فى كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح ونقل الفتوى به عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقى ومحمد بن عبد السلام وحكاه أيضاً عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمرو بن دينار . كما حكاه صاحب البحر عن أبى موسى وذكره رواية عن على وابن عباس .

وذهب بعض الامامية إلى أنه لا يقع به شىء وحكى ذلك عن بعض التابعين وعن ابن علية . وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر .

وذهبت جماعة من أصحاب ابن عباس واسحق بن راهويه إلى أن المطلقة ان كانت مدخولا بها وقعت الثلاث وإن لم تكن مدخولا بها فواحدة وبه قال الحسن البصرى .

الأدلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فآيات الطلاق فانها قد وردت مطلقة لم تفرق بين إيقاع الواحدة وغيرها . أما السنة ، فمنها حديث سهل بن سعد . وفيه أن عويمر العجلانى قال بعد الفراغ من اللعان كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا . وفى رواية لأحمد هى الطلاق وهى الطلاق وهى الطلاق . فتسريحه لها بهذه الكيفية بعد أن قال كذبت عليها ان أمسكتها دليل واضح على أنه يعلم أن التطليق على هذا الوجه طريق للبينونة التى يريدها ، وقد كان ذلك بمسمع من النبى ﷺ ولم ينكر عليه ان هذا يحقق غرضه .

ومنها حديث ابن عمر . قال سئل نبى الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا ويتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخى الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول ؟ قال لاحتى تذوق العسيلة قالوا فلولا أن الثلاث تقع ما توقف حلها للأول على ذوق العسيلة .

ومنها . حديث فاطمة بنت قيس فى رواية طلقنى زوجى ثلاثاً فلم يجعل لى رسول الله سكنى ولا نفقة قالوا فلو أنه لم يقع أصلا أو وقع واحدة رجعية لما حرمت من السكنى والنفقة .

ومنها . حديث عبادة بن الصامت قال طلق جدى امرأة له ألف تطليقة فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم إن شاء الله عذبه وان شاء غفر له .

ومنها . ماجاء فى حديث ركانة بن يزيد أنه طلق امرأته البتة . وان النبى ﷺ استحلفه أنه ما أراد الا واحـــدة فاستحلافه على ارادة الواحدة دليل على أنه لو أراد الثلاث وقعن واذا كانت الثلاث تقع بالنية فى الكناية فأولى أن تقع بصريح الطلاق .

ومنها . ماجاء فى بعض روايات حديث ابن عمر أنه قال : فقلت يارسول الله لو كنت طلقتها ثلاثا أكان لى أن أراجعها فقال رسول الله ﷺ لا كانت تبين وتكون معصية .

ومنهـا . حديث محمود بن لبيد وفيه أن الرسول ﷺ أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقـام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ قالوا فلولا أن الثلاث يقعن لمـا كان للغضب محل .

ومنها ماروى أبو دواد عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا . قال فسكت حتى ظننت أنه رادها اليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلم يجعل لك مخرجا عصيت ربك فبانت منك امرأتك وفى موطأ مالك بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على قال طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزواً وفيه أيضا أن رجلا جاء الى ابن مسعود . فقال انى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات . فقال ما قيل ذلك ؟ فقال قيل لى بانت منك فقال صدقوا هو مثل مايقولون . قال الـكمال وظاهره الإجماع على هذا الجواب .

وأماالاجماع فقالوا ثبت النقل عن أكثر المجتهدين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ان الثلاث يقعن مجتمعة ولم ينكر عليهم ذلك منكر وقد خاطب عمر الناس جميعا بامضاء الثلاث على من حلف بها . وفيهم أصحاب الرسول ﷺ وفيهم من يعلم ماكان عليه العمل فى حياته ﷺ فوافقوه ولم ينكر عليه أحد . قال الطحاوى فى شرح معانى الآثار . فكان ذلك أكبر الحجة فى نسخ ماتقدم من ذلك . لأنه لما كان نقل أصحاب الرسول ﷺ جميعا نقلا تجب به الحجة كان كذلك اجماعهم على القول اجماعا تجب به الحجة وكما كان اجماعا على النقل بريئا من الوهم والزلل كان كذلك اجماعهم على الرأى بريئا من الوهم والزلل وقدرأينا أشياء قد كانت على عهد رسول الله ﷺ على معانى فجعلها أصحابه رضى الله عنهم على خلاف تلك المعانى لما رأوا فيها مما قد خفى على من بعدهم فكان ذلك حجة ناسخا لما تقدمه من ذلك تدوين الدواوين . والمنع من بيع أمهات الاولاد وقد كن يبعن قبل ذلك والتوقيت

فى حد الخمر ولم يكن فيه توقيت قبل ذلك . فلما كان ما عملوا به من ذلك لايجوز لنا خلافه الى ما رأينا مما قد تقدم فعلهم به كان كذلك ما وقفونا عليه من الطلاق الثلاث الموقع معا أنه يلزم . لا يجوز لنا خلافه الى غيره مما روى أنه كان قبله على خلاف ذلك . وبعد أن ساق الأحاديث فى معنى ما ذكرنا للجمهور أورد اعتراضا قال : فان قال قائل قد رأينا العباد أمروا ألا ينكحوا النساء الا على شرائط . منها أنهم منعوا من نكاحهن فى عدتهن فكان من ينكح امرأة فى عدتها لم يثبت نكاحها عليه وهو فى حكم من لم يعقد عليها نكاحها فالنظار على ذلك أن يكون كذلك هو اذا عقد عليها طلاقا فى وقت نهى عن ايقاع الطلاق فيه الا يقع طلاقه ذلك وأن يكون فى حكم من لم يوقع طلاقا فالجواب فى ذلك أن ما ذكر من عقد النكاح كذلك هو وكذلك العقود كلها التى يدخل العباد بها فى أشياء لايدخلون فيها إلا من حيث أمروا بالدخول فيها . وأما الخروج فقد يجوز بغير ما أمروا بالخروج به من ذلك انا قد رأينا الصلوات قد أمر العباد فى دخولها ألايدخلوها الا بالتكبير والأسباب التى يدخلون فيها وأمروا ألا يخرجوا منها الا بالتسليم فكان من دخل فى الصلاة بغير طهارة وبغير تكبير لم يكن داخلا . وكان من تكلم فيها بكلام مكروه أو فعل فيها شيئا مما لا يفعل فيها من الأكل والشرب والمشى وما أشبهه خرج من الصلاة وكان مسيئا فيما فعل من ذلك فى صلاته فكذلك الدخول فى النكاح لا يكون الا من حيث أمر العباد بالدخول فيه والخروج منه قد يكون بما أمروا بالخروج به منه وبغير ذلك .

وقد ارتفع صرح هذه الأدلة فى نظر الكمال بن الهمام . وقال فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف .

* * *

واستدل القائلون بأنه واحدة رجعية بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) الآية قالوا دلت الآية على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان الطلاق الذى لايملك الرجل فيه الرجعة وهو مادل عليه قوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له) الآية والطلاق الذى يملك الرجل فيه الرجعة وهو ما يسبق هذه الطلقة وقد شرعه الله

مرتين . ولا يفهم العرب من كلمه مرتين ونحوها إلا الحصول متعاقبا دفعة بعد دفعة ولذلك لم يفهم أحد من قوله ﷺ . من سبح الله دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين الخ وقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية وايمان القسامة . والاقرار بالزنى إلا الحصول المتعاقب المتكرر بقدر العدد المطلوب ولم يذهب ذاهب إلى أن المكلف إذا أتى بها دفعة واحدة مصحوبة بكلمة العدد المطلوب يكون ممتثلا . وكما عرف ذلك في الاقوال عرف أيضا في الأفعال قال تعالى (سنعذبهم مرتين) . وقال ﷺ . لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين . وقد روى عن ابن عباس أنه جعل كلمة طلقت ثلاثا بمثابة قرأت الفاتحة ثلاثا فان كان صادقا فالطلاق صحيح وإلا فهو لغو من القول . فانشأ الطلاق ثلاثا بالقول ليس في قدرة الرجل إيقاعه مرة واحدة وذلك لأن الأمور العملية لا تتكرر بتكرر القول المعبر عنها بل ولا تتكرر القولية باتصال العدد بها فان من يفسخ العقد مرة ويعبر عنه بقوله ثلاثا يكون كاذبا فالقران لم يشر إلى الطلاق البائن بلفظ الثلاث بل ولا البات غير المكمل للثلاث وهذا قدر لا يكاد يختلف فيه أحد وإنما اختلفوا بسبب اختلاف المروى وقد سبق منه ما احتج به الجمهور على وقوع الثلاث دفعة واحدة .

أما السنه فمنها ما رواه ابن عباس عن ركانة أنه طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله النبي ﷺ كيف طلقتها فقال ثلاثا في مجلس واحد فقال له إنما تلك واحدة فارتجعها أخرجه الامام أحمد في مسنده وأخرجه أيضا أبو يعلى وصححه .

ومنها ما رواه طاوس عن ابن عباس كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب واحدة . فقال عمر بن الخطاب أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناه فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم رواه أحمد ومسلم وفي رواية عن طاوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم رواه مسلم .

وأما المعقول فقالوا : إن جمع الثلاث بدعة محرمة والبدعة مردودة بالنص فيجب أن يرد الى المشروع قال ابن اسحق خالف السنة فيرد الى السنة وأيضا فان

الحكمة المقصودة للشارع من تفريق الثلاث وهى التدارك عند الندم لا تتحقق بالايقاع جملة وما كان مفوتا لحكمة الشارع يجب إلغاؤه وذلك بالرد إلى الواحد تحقيقا للحكمة وتصحيحا لانشائه بقدر الامكان .

* * *

واستدل القائلون بأنه لايقع شيء لاواحدة ولا أكثر بأنه طلاق بدعى محرم وكل بدعى مردود بنص الحديث المتقدم .

واستدل المفضلون بن المدخول بها وغيرها بما جاء فى حديث ابن عباس من رواية أبى داود . أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدرا من أمارة عمر قال ابن عباس بلى . كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدرا من أمارة عمر فلما رأى الناس قدتتابعوا فيه قال أجيزوهن عليهم . وقالوا ان المطلق لما قال طالق بانت به الزوجة لا إلى عدة فصادفها قوله ثلاثا وهى أجنبية فلا يقع بها شيء زائد كما لو قال طالق وطالق وطالق .

* * *

ويتجه على من قالوا بالتفصيل ان غاية مافى رواية ابى داود التنصيص على غير المدخول بها وهو لا ينافى الرواية الأخرى المطلقة لأن التقييد فى هذه جاء طبقا لما وقع فى السؤال فلا يدل على انتفاء الحكم فى غيرها ، وأما قولهم أنها تبين بكلمة طالق لا إلى عدة الخ فيتجه عليه أن الكلام متصل غير منفصل فلا يصح جعله كلمتين بحيث تعطى كل كلمة حكما ولهذا قالوا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل النطق بالعدد لايقع شيء . لأن الكل كلام واحد فى الحكم فلا يصح ماذكروا من القياس

ويتجه على الذين لم يوقعوا به شيئا ما سبق الكلام على وقوع البدعى من حيث الوقت على أن رد البدعة يتحقق بايقاع واحدة .

وقد ناقش الجمهور أدلة القائلين بالوقوع واحدة فقالوا : أن غاية ماتدل عليه الآية أن الطلاق الذى يكون الرجل فيه أحق برد زوجته ما كان مرتين فان طلقها

الثالثة فليس أحق بها وهذا لايقتضى أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لايقع أصلا أو يقع واحدة وإنما يؤخذ ذلك من السنة وفيما روينا دلالة واضحة على اعتبار الثلاث ووقوعها بكلمة واحدة .

أما حديث ابن عباس فقالوا فيه أن طريق الامام أحمد فيها محمد بن اسحق والكلام فيه معروف والذى رجحه أبو داود فى تطليق ركانه أنه طلقها البتة ومعنى الارتجاع فيها تجديد العقد عليها عند من يراها بائنه .

وأما حديث ابن عباس فقالوا فيه أولا انفرد به مسلم وتركه البخارى قال البيهق وأظن أن البخارى تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس وساق الروايات القاضية بوقوع الثلاث عن ابن عباس التى ذكرنا وقال ابن المنذر لاجائز أن يظن بابن عباس أنه يحفظ عن رسول الله شيئا ثم يفتى بخلافه وثانيا : قال الشافعى يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئا نسخ وقال الكمال (وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة مع علمهم بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ) وثالثا ان الحديث ليس فيه أن الرسول ﷺ هو الذى كان يجعل الثلاث واحدة ولا أنه علم بذلك واقر عليه والحجة إنما هى قوله أو فعله او إقراره ولم يثبت واحد منها ورابعا أنه مؤول وسلكوا فى التأويل وجوها منها أنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق لأن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبى بكر على صدقهم وسلامة طوية لم يظهر فيهم خب ولاخداع فكانوا يصدقون فى إرادة التأكيد وعدم إرادة الثلاث فلما رأى عمر فى زمانه أمور اظهرت وأحوالا تغيرت منع حمل اللفظ فى التكرار وألزمهم الثلاث لظهور دلائل قصد إيقاع الثلاث منهم ومنها أن معناه أن الناس كانوا يوقعون الطلاق واحدة فى الزمن السابق ثم اعتادوا ايقاع الثلاث فى زمن عمر فهو إخبار عن الواقع لا عن المشروع .

وقالوا ان الأحاديث فى هذا الباب مختلفة واذا اختلفت علينا الأحاديث رجعنا إلى ما عليه أصحاب الرسول ﷺ فانهم أعلم بسنته وهذا عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان وابن عباس وغيرهم من كبار الصحابة قد أمضوا الثلاث جملة ولا يمكن أن يظن بهم تغيير المشروع وجعل الحلال حراما فنحن فى هذه المسألة تبع

لأصحاب رسول الله ﷺ ويبعد أن تكون الثلاث واحدة ويخفى ذلك عليهم ويعلمه من بعدهم .

وقالوا فى المعقول أن الحظر لاينافى وقوع المحظور فأنا رأينا أشياء قد حرمها الله ولم يمنع ذلك من ترتب أثرها عليها إذا وقعت كالظهار فانه منكر من القول وزور وهو محرم بلا شك وقد ترتب أثره عليه وكذلك الرجعة ضرراً والقذف والردة وطلاق الهازل فكلها محرمة ومع ذلك تترتب عليها أحكامها . وقد تقدم فى طلاق الحائض تتمة القول فى ذلك .

هذا وقد رفع لواء الرد على الجمهور ومناقشتهم شمس الدين بن القيم الجوزى فى كتابيه زاد الميعاد وأعلام الموقعين ، وقال انا نتحاكم فى هذه المسألة وغيرها إلى من أقسم الله سبحانه وتعالى أصدق قسم وأبره انا لانؤمن حتى نحكمه فيما شجر بيننا ثم نرضى بحكمه ولا يلحقنا فيه حرج ونسلم له تسليماً لا الى غيره كائناً من كان اللهم إلا أن تجمع أمته اجماعا متيقناً لاشك فيه على حكم فهو الحق الذى لايجوز خلافه ويأبى الله أن تجمع أمته على خلاف سنة ثابتة عنه أبداً ، واليك خلاصة ماناقشهم به .

أولا — إن الآيات المطلقة محمولة على التقييد للأدلة الثابتة التى تمنع وقوع الثلاث بكلمة واحدة ، ولو لم يكن سوى آية الطلاق مرتان — على ماسبق فى بيان دلالتها — لكان كافياً فى التقييد . على أن هذه الآيات لم تعرض الا للأحكام التى تترتب على وقوع الطلاق اما أن الطلاق يقع بماذا وعلى أى وصف فلم تعرض له الآيات .

ثانيا — أن حديث العجلانى أبعد عن الدلالة على الوقوع وقد سبق توجيه ذلك الطلاق البدعى .

ثالثا — ان حديثى فاطمة بنت قيس وابن عمر ليس فيهما حجة لأنه لم يذكر فيهما أن الثلاث كانت جملة بل المفهوم لغة وعرفا من كلمة طلق الرجل ثلاثا التفريق على ان الصحيح فى حديث فاطمة ان زوجها أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وفى رواية أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات .

رابعا — أن فى رواة حديث عبادة ضعيفا (يحيى بن العلاء) عن هالك (عبيد الله بن الوليد) عن مجهول (ابراهيم بن عبيد الله) وأية حجة تكون فى رواية ضعيف

عن مالك عن مجهول على أن ولد عبادة بن الصامت لم يدرك الاسلام فكيف نجده .

خامسا — ان حديث ركانة قال فيه الترمذى سألت عنه البخارى فقال فيه اضطراب وفى إسناده الزبيرى بن سعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحد وقيل متروك ، وهو مع اضطرابه وضعفه معارض بما هو اصح اسنادا واوضح متنا وهو حديث ابن عباس .

سادسا — إن قول ابن عمر لو كنت طلقتها ثلاثا الخ زيادة جاءت فى رواية شعيب ابن زريق ، ولو صحت فسبيلها ما سبق فى حديث فاطمة بنت قيس .

سابعا — إنه يلزم من غضبه ﷺ ، الوارد فى حديث محمود بن لبيد الحكم بالوقوع بل كان الغضب لما فى ذلك من ارتكاب الحمق ومحاولة الايقاع دفعة واحدة يدل عليه قوله أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم .

ثامنا — فى حديث ابن عباس (أيركب أحدكم الحموقة) أنه ليس فى كلام السائل ما يدل على أنه طلق الثلاث دفعة واحدة ، وإنكار ابن عباس بقوله ذلك يحتمل احتمالا قويا أنه لكثرة التطليق مع عدم الحاجة فان الطلاق كما سبق محظور مستوجب للعصيان إلا لحاجة مبررة ، وشغفه بالرجوع اليها بعد الثالثة دليل على عدم الحاجة وأن تطليقه كان بمحض الحمق ، على أن هذا الحديث ومثله من فتوى الأصحاب فى الوقوع بالثلاث دفعة واحدة جاز كونه بعد إمضاء عمر ذلك على وجه العقوبة والتأديب ، ومع هذا فلم يخل عصر من العصور من أفتى بوقوع الثلاث واحدة كما سبق وبذلك تسقط دعوى الاجماع .

هذه حجج المختلفين ومناقشاتهم ، والناظر فى هذا المقام يرى أمرين بارزين لم يخدش الجمهور دلالتهما ، آية الطلاق مرتان وحديث ابن عباس . فان الجمهور أنفسهم يسلمون صحته ويزعمون أن إجماع الصحابة على رأى عمر لا يكون إلا بتقدير ظهور ناسخ لم يكن لهم به علم من قبل أو فهمهم ان الحكم كان معلولا بمعنى زال فى عهد عمر ، ودعوى النسخ لاتقبل بالعرض والاحتمال ، ودعوى ان الحكم معلول بعلة قد زالت تمهد القول بمثل ذلك فى جميع الأحكام حتى مالم ينط منها بوصف يكون مدارا للحكم ، وفى هذا انحلال الشريعة .

ولعلك بالنظر إلى ما ذكرنا وبالموازنة بين القول بلزوم الثلاث والخروج من مأزقه بلعبة التحليل التى هى فى الواقع وصمة منكره ، وبين القول بوقوعه واحدة وعدم

الالتجاء إلى التحايل المزرى تدرك أنه يترتب على القول بوقوع "ثلاث أمور كلها منكرة فى نظر الشرع والدين .

تحريم ما أحل الله ، وانحلال الأسرة وضياع الأولاد ، وارتكاب فظيعة التحليل الممقوته .

وأنه لا يترتب على القول بالوقوع واحدة إلا إباحة رجوعها إلى زوجها بدون أن تنكح زوجا غيره مع ما فى ذلك من حفظ كيان الأسرة ولم شمل الأولاد ، والوقاية من الوقوع فى محرم التحليل

وإنك لو قطعت النظر عن كل ما ورد فى المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظوراً فيه إلى الآثار المترتبة على كل من الفرضين يتبين لك واضحا أن القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا والقاعدة المحكمة فى مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضى به الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً .

الطلاق بالاعسار

اتفق العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها واتفقوا أيضا على أنه إذا أعسر بالنفقة ورضيت المرأة بالمقام معه لا تطليق ولا فسخ ما دامت راضية . واختلفوا فيما إذا أعسر ولم ترض المرأة بالمقام معه من أجل ذلك على أقوال .

فذهب جمهور العلماء إلى أن للزوجة حق طلب التفريق وإن للقاضى أن يفرق بينهما — على اختلاف فى نوع هذه الفرقة — طلاق أم فسخ — وفى وقت التفريق أيعجل أم يؤجل أياما أو شهراً أو سنة — وحكى أصل هذا المذهب عن على وعمر وأبى هريرة وغيرهم وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد فى ظاهر الرواية عنه .

وذهب إلى عدم التفريق عطاء والزهرى وابن شبرمة وهو مذهب الحنفية والثورى وآخرين قالوا : يلزم المرأة الصبر وتتفرق نفقتها بذمته وترفع يده عنها لتكتسب .

وذهب أبو محمد بن حزم إلى أنه إذا أعسر الرجل ببعض نفقة زوجته قضى عليه بما قدر ولو أعسر بالكل لم يقض عليه بشىء فان أيسر بعد ذلك قضى عليه من حين يوسر ولا يقضى عليه بشىء مما أنفقته على نفسها مدة عسره . ثم إنه لا يحل للزوجة

أن تمنع نفسها من زوجها لمنعه النفقة عنها بعذر أو بغير عذر . إنما لها أن تنتصف من ماله إن وجدته بمقدار حقها بل ذهب إلى أن الزوجة إذا كانت موسرة يجب عليها أن تنفق على زوجها إذا كان معسراً .

وذهب ابن القيم إلى أنه إذا كانت قد تزوجته وهى عالمة بأعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر لاتملك طلب الفرقة فى الحالتين أما إذا كان قد غرها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها إعساره فانه يكون لها حق الفسخ .

الأدلة

إستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وجه الدلالة فى الآية الأولى أن الله أمرنا بالامساك بالمعروف وهو لايتأتى مع الاعسار فيجب المصير إلى التسريح بالاحسان وذلك بالتفريق . وجهة الدلالة فى الثانية أن الآية نهت عن الامساك ضرارا والمعسر إذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . فعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق وأما السنة فمنها ماروى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول أطعمنى وإلا فارقنى جاريتك تقول أطعمنى واستعملنى ولدك يقول إلى من تتركنى رواه أحمد والدارقطنى باسناد صحيح وأخرجه الشيخان فى الصحيحين وأحمد من طريق آخر وجعل الزيادة المفسرة فيه من قول أبى هريرة وجهة الدلالة فيه أنه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الإنفاق .

ومنها ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال فى الرجل لايجد ماينفق على امرأته (يفرق بينهما) رواه الدارقطنى وروى سعيد بن منصور فى سننه عن سفيان عن أبى الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قال سنة ؟ قال سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ فغايته أن يكون من مراسيل سعيد وهى حجة اتفاقا .

وأما المعقول فمن وجوه أولا القياس على الجب والعنة قالوا إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها فلان يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البدن إلا بها أولى وأيضا إن منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت جواز الفسخ عند عدم المنفعة المشتركة فثبوته عند عدم المختصة بها وهى النفقة أولى .

وثانيا — القياس على الرقيق فانه يباع إذا أعسر المالك بنفقته .

* * *

واستدل الحنفية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) قالوا وإذا أعسر الرجل فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآيتين ، فان الله لم يكلفه النفقة فى هذه الحالة وترك ما لا يجب لا إثم فيه . فلا يكون سببا للتفريق بينه وبين زوجه واستدلوا أيضا بقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) قالوا غاية النفقة أن تكون دينا فى الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص . وأما السنة فما روى مسلم فى صحيحه من حديث أبى الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما على رسول الله ﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله ﷺ وقال هن حولى كما ترى يسألننى النفقة . فقام أبو بكر رضى الله عنه الى عائشة يجأ عنقها وقام عمر رضى الله عنه الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده . فقلن والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن رسول الله ﷺ شهرا وذكر الحديث قالوا فهذا أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة الرسول ﷺ لما سألتاه نفقة لا يجدها ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول ﷺ على ذلك فدل على أنه لا حق لهما فى طلب النفقة حال الاعسار وإذا كان طلب النفقة فى هذه باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها .

واستدلوا أيضا بأن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر . وكان معسروهم أضعاف أضعاف موسريهم فما مكن النبي ﷺ امرأة قط من الفسخ باعسار زوجها ولا اعلمها أن الفسخ حق لها ولو كان من المستقر فى الشرع أن المرأة تملك الفسخ باعسار زوجها لرفع إليه ذلك ولو من امرأة واحدة فانهن قد رفعن اليه شكائهن فيما هو دون وذلك أندر ومنه كما فى حديث امرأة رفاعة وقد علمت ما كان من نساء النبي صلى الله عليه وسلم — وهن خير النساء من مطالبته بالانفاقات واغضابه الخ .

أما المعقول فمن وجوه أولا أن المقرر شرعا أن ارتكاب أهون الشرين وأخف الضررين إذا لم يكن مناص من ارتكاب أحدهما واجب ولا شك أن فى إلزام الفرقة والفسخ إبطال حق الزوج بالكلية وفى إلزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها وتأخير الحق أهون شأنا من الابطال فوجب المصير اليه عملا بذلك الأصل المقرر شرعا .

وأيضا فان إبقاء النكاح مع الإعسار فوت المال الذى هو من التوابع وفى الفسخ بسببه فوت التناسل والسكن الذى هو المقصود وفوت التابع لا يلحق بفوت المقصود .

وقالوا : المال غاد ورائح وقد جعل الله عقدة النكاح ميثاقا غليظا فكيف يصح أن يوهن من شأنها بجعلها مرتبطة بقاء وزوالا بالغنى والفقر وهما مطيتان للعباد يفتقر الرجل حينا ويستغنى حينا فلو كان كل من افتقر فسخ نكاحه لعم البلاء وتفاقم الشر وفسخت أنكحة أكثر العالم وكان الفراق بيد أكثر النساء فمن ذا الذى لم تصبه عسرة وتعوزه النفقة أحيانا فاثبات حق الفسخ بالاعسار خروج بهذه الصلة المتينة صلة السكن والمودة والرحمة عن وضعها وانحطاط بها إلى درك الشهوة المادية وقد شرعها الله صلة روحية وهذا يجعلها صلة تجارية لا وفاء فيها ولا مروءة وإذا كان مرض الزوجة مرضا يتعذر معه الاستمتاع لا يعفى الرجل من النفقة ولا يثبت له حق الفسخ فكيف يجوز أن يعاقب الزوج بالفراق على مالم تجن يداه ومن ذا الذى يستسيغ أن تضاعف الآلام على المتألم .

استدل ابن حزم على أنه ليس على المعسر نفقة زوجته لا حالا ولا مآلا بقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا

ما أتاها) قال فصح يقينا أن ما ليس فى وسعه ولا أتاه الله لم يكلفه إياه ومالم يكلفه إياه فهو غير واجب عليه . وكل مالم يجب عليه لا يجوز أن يقضى به عليه أبداً أيسر أم أعسر .

واستدل على أن الزوجة الموسرة يجب عليها الإنفاق على زوجها المعسر بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضـــار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) فالزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن .

وقال ابن القيم إن ماذهب اليه من التفصيل.. هو الذى تقضى به أصول الشريعة وقواعدها .

قيل لابن حزم إن الآيات التى توجب على الزوج النفقة لم تفرق بين إعسار وإيسار . وليس إيجابها على المعسر على أن يكون الأداء فى حالة اليسر تكليف ما ليس فى الوسع حتى تتناول الآيتان والإعسار لايمنع من تعلق الدين بذمة المدين ابتداء ولابقاء بل يوجب الإعسار الانظار إلى الميسرة . وكذلك النفقة ولا يمتنع من وجوبها الأعسار .

وأما التمسك بآية البقرة فى إيجاب النفقة على الزوجة الموسرة فلاوجه له . لأن الآية ليس فيها تعرض لغير نفقة الوالدات فان الله يقول وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا ضمير الزوجات بلامراء ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك فجعل سبحـانه على وارث المولود له أو وارث الولد من رزق الوالدات كسوتهن بالمعروف مثل ما على المولود له فأين فى الآية نفقة على غير الزوجات حتى يجعل عمومها على ماذهب اليه .

وقيل للجمهور فى الآيتين إنه ليس فيهما دلالة على محل النزاع لأن المضـارة والعدوان ما يكون للشخص فيهما فعل واختيار وليس الأعسار منافيا للامساك بمعروف وليس بجرد الأمساك معه مضارة ولا عدوانا لأنه لابد له فيه فالمقصود من الآيتين إحسان العشرة فيما يدخل تحت قدرة العبد واختياره وسبب النزول يعين على فهم الآية فانهم فى الجـــاهلية كانوا يطلقون حتى إذا قاربت عدتها أن تنقضى

أمسكوها ضرارا . وحقاً ان العبرة بعموم اللفظ لكن العموم لما يتناوله اللفظ ويدل عليه وهو ما كان مثل السبب .

وقيل لهم فى الحديث الأول إن الصحيح أن قوله (تقول امرأتك أطعمنى وإلا فارقنى) ليس من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام أبى هريرة إذ صرح بأنه من كيسه ففى البخارى بعد أن ساق الحديث قالوا ياأباهريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاهذا من كيس أبى هريرة على أنه ليس فى الحديث دلالة على المطلوب لأنه يقرر حق الزوجة فى النفقة لمن يجدها ويحكى ماتنطق به حال المرأة تجد زوجها ينفق المال ويمنعها حقها . قال الكمال : ثم ليس فى قول أبى هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لايخص المعسر والموسر ولاخلاف أن الموسر إذا لم يطعم لايجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عينا وهو الإنفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ماروواه الدارقطنى كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا إذا تبايعتم يعنى ينبغى أن تبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا اه .

وأما حديثه الثانى فقد أعله أبو حاتم وقال ابن القيم فيه أنه حديث منكر لا يحتمل أن يكون عن النبي ﷺ أصلا وأحسن أحواله أن يكون عن أبى هريرة رضى الله عنه موقوفا يدل على ذلك أن أبا هريرة لم يستجز أن ينسب إلى الرسول ﷺ (أطعمنى وإلا طلقنى) ويقول هذا من كيس أبى هريرة فلو أن التفريق ثابت عنه ﷺ مسموع لأبى هريرة لم يكن هذا من كيسه وأما فتوى سعيد بن المسيب وقوله بعد ذلك أن الحكم سنة فلا يدل على أنه سنته ﷺ فقد ثبت أن كثيراً من الفتاوى التى أطلقوا عليها سنة لم تكن مسندة اليه ﷺ بل كانت قولا لبعض الصحابة المشهورين بالعلم والفتوى ومرادهم بذلك أن الحكم بهذه الصورة سنة المتقدمين وطريقتهم مثال ذلك حديث دية الأصابع قال الطحاوى لم يكن ذلك إلا عن زيد ابن ثابت فيكون قول سعيد سنة اعتمادا على ما رواه أبو هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته وإلا فقد روى عن سعيد كما ذكر ابن حزم وابن عبد البر عدم التفريق بالاعسار فاضطرب المروى عنه فبطل الاحتجاج به .

وقيل لهم فى القيـاس على الجب والعنة : قياس مع الفــارق لأن حق المسيس لا يصير ديناً عليه بخلاف النفقة فانها تـكون ديناً عليه ولأن الجب والعنة ومااليها عيوب لا يرجى زوالها بخلاف الاعسار ولأن المال فى النكاح تابع والاستمتاع والتناسل مقصود اصالة .

أما القياس على المملوك فقياس مع الفارق . لأنه حين يجبر على بيعه يفوت ملكه الى بدل وهو الثمن . فاذا عجز كان النظر للطرفين فى الزام بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصوله بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة لأنه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت أم ولد لم يعتقها القاضى عليه .

وقيل للحنفية فى الآيتين أنه لايلزم من عدم تكليف المعسر بالانفاق عدم جواز الفراق فان التفريق ليس الا لدفع الضرر عن المرأة وتخليصا لها من حباله حتى تكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر .

وقيل لهم فى الحديث الأول أن زجرهما عن المطالبة بما ليس عنده لايدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ولم يروأنهن طلبنه ولم يجبن اليه كيف وقد خيرهن رسول الله ﷺ بعد ذلك فاخترنه وليس محل النزاع جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده وعدمه بل محله هل يجوز الفسخ عند تعذر الإنفاق أم لا وأيضا فان أزواج النبي ﷺ لم يعدمن النفقة بالكلية لأن النبي ﷺ قد استعاذ من الفقر المدقع ولعل ذلك فيما زاد على مابه قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع فى مثله وهذا هو الجواب عن الاحتجاج بما كان عليه الصحابة من ضيق .

ولعلك بموازنة هذه الأدلة ترى أن أعدل المذاهب وأقربها إلى روح التشريع العام خصوصا فى باب الزواج هو مذهب ابن القيم ويليه مذهب الحنفية لأن الواجب تنبيه الزوجات إلى خلق الوفاء والمعاونة فى الضراء وقد كفل الله للزوجين الغنى وحبهما فى الزوجية وبقائها بقوله (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) وقد علمت أن مذهب الحنفية رفع يده عنها فى تلك الحالة لتكتسب فلايتوقف اكتسابها بالطرق المشروعة على تطليقها وحل عقدة الزواج السامية .

قد ظلت محاكمنا الشرعية تعمل فى هذا الباب بمقتضى مذهب أبى حنيفة حتى

صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد جاء . فى المادة الرابعة منه مانصه .

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال وان ادعى العجز فان لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لاتزيد عن شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

ولا يزال العمل بهذا جاريا فى المحاكم إلى يومنا هذا والله يوفق رجال الاصلاح إلى مافيه حفظ الخلق والكرامة .

الطلاق بالضرر او الغيبة او العيب

لاشك أن التطليق للغيبة أو العيب لم يكن إلا لتضرر أحد الزوجين لكن لما جرى الخلاف فى كل منهما على نحو خاص أفرد بالبحث وصار المراد من الضرر مالم يكن بسبب الغيبة ولا العيب وهو وإن كثرت أفراده ينحصر فى نوعين ايجابى وسلبى أما الإيجابى فهو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذى الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بينهما وأما السلبى فهو هجرها ومنعها ما تدعو اليه الناحية الجنسية واليك ماجاء فى الموضعين .

وصى الشارع الرجال بالنساء خيرا وأمر بالإحسان اليهن (وعاشروهن بالمعروف) (فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) ولم يجعل الله للزوج على زوجته سبيلا ما دامت له مطيعة الا أن يخشى منها نشوزا فعند ذلك خوله سلطة التأديب فى حدود ما أمر الله (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا).

فان تجاوز الحد المشروع وآذاها بلا سبب فهل لها أن تطلب التفريق اختلف العلماء فى ذلك — فذهب أبو حنيفة والشافعى وأحمد إلى أنه ليس لها هذا الحق بل يزجره الحاكم ويمنعه من ظلمها ولو بالحيلولة بينهما حتى يرجع عن ظلمه .

وذهب المالكية إلى أنه يثبت لها الخيار بين الإقامة معه — ويتولى الحاكم زجره عن التعدى — وبين طلب التفريق فان لم يطلق طلق عليه القاضى قالوا ومن

الضرر ضربها ضربا مؤلما وسبها وسب ابيها . وهجرها بلا موجب شرعى وقطع كلامه معها وتحويل وجهه عنها . والأصل الذى يرجع اليه فى تقدير الضرر هو العرف والبيئة التى يعيش فيها الزوجان .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بأن العصمة ملك الرجل ، وإيقاع الطلاق خالص حقه فلا يملك الحاكم إيقاعه بغير رضاه فى غير المواضع المنصوص عليها .

والعدوان لا يقتضى التفريق لأن رفع الظلم ممكن من طريق الحاكم واستدل المالكية بقوله تعالى : فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . وقوله ﷺ لاضرر ولاضرار . وبالقياس على العيوب التى يثبت بها الخيار .

* * *

هذا وقد أجمع العلماء على أنه إذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق بينهما بعث القاضى حكمين كما نصت الآية (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) . ولكنهم اختلفوا فى مدى سلطة الحكمين هل هى مستمدة من القاضى فيكونان حاكمين فيملكان التطليق أو من الزوجين فيكونان وكيلين ولا يملكان التطليق إلا برضا من بيده الطلاق . إلى الاول ذهب المالكية . وإلى الثانى ذهب الأئمة الثلاثة . ومن أراد هذه الخلافية فليرجع اليها فى كتب الأئمة .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الامام مالك رحمه الله راجع المواد ٦ — ١١ منه .

* * *

إذا لم يستطع الزوج أن يؤدى وظيفته الجنسية فهو عنين وسيأتى الكلام عليه فى التفريق بالعيب . وإذا حلف على عدم القربان فهو مول وأحكامه مبينة فى باب الايلاء من كتب الفقه . أما إذا لم يقربها بلا عذر فهل يفرق بينهما من أجل ذلك .

اختلف الأئمة فيه .

فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يفرق بينهما وهو قول للمالكية وظاهر

قول الحنابلة كما قال ابن قدامة وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه إن قصد الاضرار بعد أن يضرب له أجل الإيلاء . ومنهم من يرى التفريق حالا بلاضرب أجل وآخرون منهم يرون التفريق إن تضررت الزوجة وإن لم يقصد الزوج الاضرار

وذهب الحنابلة فى قول آخر إلى التفريق بتركه قربانها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضررا . وفى قول إلى قصد الاضرار فرق وإلا فلا . وفى قول يفرق ان ترك عجزا ويعامل معاملة العنين وإن كان هناك عذر لم يتحقق معه العجز عنه لا يفرق .

احتج من قال بعدم التفريق . بأن الإيلاء استوجب التفريق لاشتماله على أمرين اليمين وترك الوطء فلو كان مجرد الترك كافياً فى اقتضاء التفريق لم يكن للايلاء أثر مع أنه لا خلاف فى اعتباره .

واستدل من ذهب إلى التفريق . بقوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولا ضرار وبأن الوطء حقها وقد فوته عليها فيفسخ قياسا على النفقة قالوا وقد فات الإمساك بالمعروف فينوب القاضى منابه فى التسريح بإحسان . وقد كتب عمر رضى الله عنه لقوم بخراسان تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا .

ولعل من يشترط قصد الأضرار يرى أن التطليق جبراً عليه عقوبة له والعقوبة لا تكون إلا عن قصد الجناية . ولا يقال إن التفريق فى الإيلاء منوط بالترك مع اليمين وإن لم يقصد ضرراً لأن اليمين قرينة على قصد الأضرار فيعامل بمقتضاها .

وإذا نظرت إلى الحكمة التى لأجلها شرع الزواج وهى صيانة الأعراض وسد باب الشر والفساد علمت أن المذهب القائل بالتفريق عند تعذر المقام بالاحسان قصد الزوج الاضرار أو لم يقصد مما يتفق ومقاصد الشريعة فى هذا الباب عملا بقواعد درء المفاسد وإزالة الضرر .

الطلاق للغيبة

الكلام هنا فى غائب موسر غير مفقود . أما حكم المفقود فسيأتى :

وأما التفريق للاعسار فقد تقدم . والكلام هنا فى هذه المسألة فرع الكلام فى ترك القربان .

فالحنفية والشافعية على أنه لايطلق على الزوج لغيبته وإن طالت أوجهلت .
وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه ان طالت غيبته . وقدر ذلك بسنة فى قول وبثلاث سنين فى آخر قالوا وإذا كانت تبلغه المكاتبة أعذر فى ذلك وإلا طلق عليه بلا أعذار . ومنهم من يطلق على الغائب وإن كان معذوراً نظراً لحصول الضرر وإن لم يقصد الاضرار كسجين وأسير وذهب الحنابلة إلى أنه إذا كانت الغيبة لعذر لم يفرق والافرق .

وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على التطليق للغيبة والحبس فقد جاء فيه .

مادة ١٢ — اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر جاز لزوجته أن تطلب الى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

مادة ١٣ — إن أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب القاضى أجلا وأعذر اليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها أو يطلقها .

فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما تطليقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها عليه بلا اعذار وضرب أجل .

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنين فأكثر أن تطلب الى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الطلاق بالعيب

اتفق العلماء على أنه إذا علم أحد الزوجين بصاحبه عيبا قبل العقد أو علم به بعد العقد ووجد منه مايدل على رضاه به صراحة أو دلالة لايثبت له حق طلب الفسخ بذلك العيب أيا كان .

واتفقوا أيضا على أن العيب فى الجملة يثبت به خيار الفرقة واختلفوا بعد ذلك فى العيوب التى يثبت بها حق التفريق وفى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين

أو للزوجة فقط . وفى ثبوت هذا الحق لمن به عيب مماثل لما بالآخر أو مخالف . وفى العيب الطارىء بعد العقد هل يثبت به التفريق أم لا واليك البيان :

ذهب الأحناف إلى أن الزوجة لاترد بالعيوب أيا كانت ولايرد الزوج بعيبه الا الجب والعنة القديمين عند أبى حنيفة وأبى يوسف وزاد محمد الجنون والبرص والجذام فأثبت للزوجة بهذه العيوب الخمسة حق طلب التفريق .

وذهب الشافعية والمالكية الى أن الخيار يثبت لكل من الزوجين بعيوب مشتركة بينهما وهى الجنون والجذام والبرص ويثبت للزوج حق الفسخ اذا وجد امرأته رتقاء ويثبت لها حق الفسخ ان وجدته مجبوبا أو عنينا .

ولهم فى أحد الزوجين يجد صاحبه خنثى قولان .

وقالوا إذا حدث العيب بعد العقد يثبت به الخيار ان كان بالزوج وإن كان بالزوجة فقولان

وفيمن به عيب مماثل لما بالآخر وجهان .

وذهب الحنابلة إلى أن العيوب المجوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان الجنون والجذام والبرص واثنان مختصان بالرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص بالمرأة وهى الفتق والقرن والفعل . وزاد بعضهم عيوبا مثل الباسور والناسور وعدم استمساك البول والنجو ، والخصاء والبخر .

وقالوا إذا كان فى أحد الزوجين عيب ليس من جنس العيب الذى لصاحبه كالأبرص يجد المرأة مجنونة فكل واحد منهما بالخيار ، وإن كان من جنسه فوجهان أحدهما يثبت الخيار والثانى لايثبت وهو قول المالكية .

ويحتاج الفسخ فى كل ماذكر الى حكم الحاكم .

ورجح ابن القيم أن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية فى البيع وهو قول لبعض الشافعية وقال داود وابن حزم لاينفسخ النكاح بعيب البتة قال ابن القيم والقول بأن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية فى البيع هو القياس أو قول ابن حزم ومن وافقه وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أو مساولها فلا وجه له . فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو

الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش . وهو مناف للدين والاطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرتها أنك عقيم قال لا قال أخبرها أنك عقيم وخيرها . فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا عندها كمال بلا نقص . والقياس ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالخيار من شروط البيع وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبونا بقبول غرر وغبن . ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة اﻫ .

والخلاصة : أن الحنفية لا يثبتون حق الفسخ للزوج بعيب فى الزوجة ويجعلون حق الفسخ بيد الزوجة ان وجدت زوجها مجبوبا أو عنينا وزاد محمد الجنون والجذام والبرص .

وأن الأئمة الثلاثة يجعلون الفسخ حقا لكل من الزوجين إلا أن بعضهم يزيد فى العيوب التى تثبت الفسخ وبعضهم ينقص .

وأن ابن القيم يرى الفسخ بكل عيب لا يحصل معه مقصود النكاح من السكن والمودة والرحمة .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بالنص فى البعض والقياس فى البعض الآخر .

أما النص فما روى أن النبى ﷺ قال للتى رأى بكشحها بياضاً الحقى بأهلك ، فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون . بجامع أن كلا ينفر منه الطبع . وقد قال النبى ﷺ : فر من المجذوم . وهو نص فى اعتبار الجذام سببا للفرار . وهو بالفسخ .

وقالوا بقياس النكاح على البيع . عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقاسوا هذه العيوب على الجب والعنة . بجامع المانع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح فى حق كل منهما .

وفى الموطأ عن عمر رضى الله عنه أنه قال : أيما امرأة غربها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها المهر بما أصاب منها وصداق الرجل على من غره .

وروى ابن سيرين ان عمر بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما . فقال له عمر : اعلمتها انك عقيم قال لاقال فانطلق فأعلمها ثم خيرها واجل مجنونا سنة فان أفاق والا فرق بينه وبين امرأته .

وروى عن عمر لاترد النساء إلا من العيوب الأربعة . الجنون والجذام والبرص والداء فى الفرج .

وروى عن شريح أن جاء رجلا فقال ان أناساً قالوا لى نزوجك أحسن الناس فجاءونى بامرأة عمياء فقال إن كان دلس عليك بعيب لم يجز .

وابن القيم يرى أن التنصيص على بعض العيوب من باب التنبيه بالمثل ولا يقصد الاقتصار على ماذكر .

واستدل الحنفية على أنه لاخيار الزوج بعيب فى المرأة بأن فوات الاستيفاء بالموت لايوجب الفسخ حتى لايسقط شىء من المهر فأولى إذا لم يفت بل اختل ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما .

وقالوا إن الاستيفاء من ثمرات العقد وفوات الثمرة لا يؤثر فى العقد والمستحق هو التمكن حاصل مع هذه العيوب .

والفرار فى حديث المجذوم كما يتحقق بالفسخ يتحقق بالطلاق فليحمل عليه لأنه الأصل وقول النبى ﷺ للتى تزوجها : ألحق بأهلك طلاق لأنه من كناياته ولا حجة فى قول أحد غير النبى ﷺ ويحمل مازوى عن عمر على أن هذا عذر يبيح لها أن تسأل زوجها الطلاق .

والزوج ان تضرر بهذه العيوب فهو متمكن من دفع الضرر عنه بالطلاق واستدل محمد بقياس الثلاثة على الجب والعنة .

ونوقش من قاس على الجب والعنة وغيرهما . بأنه قياس مع الفارق . لأن الجب والعنة يفوت بهما المقصود من النكاح وهو التوالد وليس سائر العيوب بهذه المثابة للتمكن معها من المقصود .

ونوقش القياس على البيع بأنه كذلك قياس مع الفارق لأن البيع مماتجرى فيه المشاحة والمقصود فيه المالية والعيب مفوت لها أما النكاح فالمقصود فيه الاستمتاع والتوليد وهما لايفوتان بالعيب . وان كانت بعض العيوب تحدث نفرة طبيعية وهذا لايوجب بمجرده الفسخ اتفاقا كما فى البحر .

هذا والناظر فى المسألة يجد أن خلاف العلماء فى موضعين .

الأول هل للزوج الخيار الثانى فى عدد العيوب التى يثبت للزوجة بها حق طلب الفسخ أما الأولى فالمتجه فيه رأى من لا يجعل للزوج حق الفسخ لأنه بسبيل من الفراق بما جعله الله فى يده من الطلاق .

أما الثانى فان من لايفرق بين عيب وآخر عول على أن المقصود من النكاح ليس هو خصوص التوالد بل ما يشمله ويشمل غيره من المساكنة والمودة والمؤانسة فكل مايخل بشيء من هذا المقصود فهو مفوت للامساك بالاحسان ومبيح لطلب الفسخ دفعاً للضرر وعول من قصر العيب على الجب والعنة على أن المقصود من النكاح التوالد فلم يثبت حق الخيار إلا بهما لأنهما هما اللذان يفوتانه .

وبمقارنة هاتين الوجهتين وتتبع نصوص الشريعة فى المقصود من الزواج تعلم أن ليس المقصود هو خصوص التوالد وإلا لما أباح الله زواج العقيم والآيسة .

تعليق الطلاق على شرط

التعليق خلاف التنجيز . وعرفوه بقولهم : ربط حصول مضمون جملة (وهى التى تسمى جزاء) بحصول مضمون جملة أخرى (وهى التى تسمى شرطا) .

(وتعليق الطلاق على شرط) جعل صيغة الطلاق جزءا ، وفعله أو فعلها أو غيرهما شرطا . ويقع ذلك على وجوه كثيرة تتنوع بحسبها الأحكام وفاقا وخلافا .

فان التعليق قد يكون حال قيام الزوجية وقد يكون حين عدمها ، كأن تزوجتك فأنت طالق ، وفى الحالة الأولى قد يكون تعليقا على مالا سبيل الى العلم به (كأنت طالق إن شاء الله) وقد يكون تعليقا على مشيئته هو أو مشيئتها هى . وقد يكون تعليقا على كائن لا محالة . وقد يكون تعليقا على فعله هو أو فعلها

أو فعل غيرهما وفى هذا الأخير إما أن يكون القصد منه مايقصد من القسم من الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (ويسمى التعليق القسمى) أو يكون القصد منه إلى ايقاع الطلاق عند حصول الشرط (ويسمى التعليق الشرطى) .

والكلام فى مباحث هذه الأقسام وتفصيل أحكامها فى المذاهب طويل الذيل متشعب النواحى والأطراف يخرج بنا استقصاؤه من القصد فلنقصر بحثنا فى هذا الموضوع على مسألتين الأولى تعليق الطلاق على النكاح . الثانية حكم التعليق فى الملك من حيث اعتباره مطلقا أو إلغاؤه مطلقا أو اعتباره فى حال دون حال .

تعليق الطلاق على الملك

أجمع العلماء على أنه إذا نجز الطلاق فى الأجنبية كان لغوا وأما التعليق نحو أن يقول إن تزوجت فلانة فهى طالق فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فذهب الشافعى وأحمد وداود وجماعة أنه لايقع مطلقا عمم المطلق أو خصص . وذهب أبو حنيفة وأصحابه والمؤيد بالله فى أحد قوليه وجماعة الى صحة التعليق ووقوع الطلاق عند حصول الشرط مطلقا . وذهب مالك فى المشهور عنه وربيعة والثورى والليث والأوزاعى وابن أبى ليلى الى التفصيل وهو أنه إن جاء بحاصر مثل أن يقول كل إمرأة أتزوجها من بنى فلان أو بلد كذا فهى طالق صح التعليق ووقع الطلاق عند الزواج وان عمم لم يصح .

الأدلة

استدل الشافعى ومن معه أولا . بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لايملك ولا طلاق له فيما لا يملك . رواه أحمد والترمذى وقال حديث حسن . وثانيا بما رواه مسور بن مخرمة أن النبى ﷺ قال لاطلاق قبل نكاح ولا عتق قبل مالك : رواه ابن ماجه .

وثالثا : بأن عليه السلام سئل عن رجل . قال يوم أتزوج فلانة فهى طالق ثلاثا . قال طلق مالا يملك . وماروى عن أبى ثعلبة الخشنى قال قال عمم لى أعمل لى عملا حتى أزوجك ابنتى فقلت إن تزوجتها فهى طالق ثلاثاثم بدالى أن أتزوجها

فأتيت رسول الله ﷺ فقال لى تزوجها فانه لاطلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لى سعداوسعيدا . وبلغ ابن عباس أن ابن جريج يقول ان طلق مالم ينكح فهو جائز فقال ابن عباس أخطأ فى هذا فان الله يقول نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن .

وأما المعقول فهو التعليق طلاق والطلاق حل القيد وابطال الملك . ولاقيد ولا ملك فى الأجنبية حتى يصح حله وابطاله فكان لغواً . أما أن التعليق طلاق فلأن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواه فلو لم يكن التعليق تطليقاً لم يقع الطلاق عند الشرط فانه لاتطليق بالحقيقة عند الشرط وبقاء الكلام السابق الى وقت الشرط محال لأنه عرض سيال لا بقاء له فلم يبق إلا أنه تطليق لم لم يستتبع حكمه للمانع وهو عدم الشرط .

وثانيا : أن النكاح مشروع لاثبات الملك والطلاق لابطاله فلو صح تعليقه بالنكاح لكان ابطالا لمقتضى النكاح وتغييرا للمشروع حيث جعل ما هو سبب الوصلة سببا للفرقة .

وثالثا : أن هذا التعليق إنشاء تصرف فى محل فى حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبى وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك .

واستدل الحنفية أولا بالاجماع على صحة تعليق الظهار بالملك والطلاق مثله لأنه لا قائل بالفصل بينهما .

فقد جاء فى الموطأ أن سعيد بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم أن رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها فأمر عمر ان هو تزوجها ألا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا .

وثانيا : بالآثار فقد أخرج ابن أبى شيبه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبى والنخعى والزهرى والأسود وأبى بكر بن عمرو ابن حزم وأبى بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامى فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق أو يوم اتزوجها فهى طالق أو كل امرأة اتزوجها فهى طالق . قالوا

هو كما قال : وفى لفظ يجوز ذلك عليه وهؤلاء أئمة الفقه وأعلامه .

وثالثا : أنه تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء فانه لو قال لأمته ان ولدت ولدا فهو حر عتق ما تلد مع عدم قيام ملك الولد قبل الولادة ومن هنا يظهر أن تعليق الطلاق ليس طلاقا ولا تعليق العتق عتقا حتى يشترط له ليس سبق الملك بل التعليق تصرف هو يمين يقصد به أولا وبالذوات البراعى منع نفسه من تزوجها فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال .

لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع فلا يشترط لصحته إلا أهلية الحالف للالتزام وهو أهل . وبذلك ظهر أنه تصرف صادر من أهله فى محله ولا مانع فيصح ولا يلغو . ويؤيد أن التعليق ليس طلاقا أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع فانه لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا .

أما المالكية فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من التفصيل بالاستحسان .

وبناء الحكم على المصلحة قالوا إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا وحرجا فكأنه نذر المعصية وقد عرف من الشرع إذا ضاق الامر اتسع . أما إذا خص فهو بسبيل من زواج غير من خصه بالتعليق فلا موجب لالغاء كلامه .

قيل للشافعية فى استدلالهم بالاحاديث . أنها كلها ضعيفة لا سيما الحديثان الاخيران فانه لا شك فى ضعفهما فقد قال صاحب تنقيح التحقيق أنهما باطلان ففى الاول أبو خالد الواسـطى وهو وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب . وفى الاخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره . وقد ضعف أحمد وابن العربى جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل فى الصحة ولذلك لم يعمل بها مالك وربيعة والأوزاعى . ولئن سلمنا صحة ماعدا الاخيرين فانه محمول على نفى التنجيز لانه هو الطلاق أما المعلق فليس طلاقا بل له عرضية أن يصير طلاقا عند الشرط . ولا يمنع من حمله على التنجيز أن نفى التنجيز قبل الملك لايحتاج إلى بيان إذ هو ظاهر يعرفه كل أحد إنما صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لاقبله فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا إذا

وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم على فى الشرع بهذه الأحاديث وغيرها . والحمل على التنجيز مأثور عن السلف ، فقد روى عبد الرازق فى مصنفه عن معمر عن الزهرى ، أنه قال إنما ذلك أن يقول الرجال امرأة فلان طالق وعبد فلان حر .

وقيل لهم فى المعقول لانسلم أن التعليق طلاق فإن التعليق يمنع السبب من الانعقاد ولانعنى بالطلاق لفظه إذ لاشك فى صدوره منه إنما المراد به ماجعله الشارع سبباً لثبوت أحكامه من العدة وغيرها وليس هو كذلك فى الحال وإنما هو التزام بمعين يقصد بها أولا البر إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقدير كلامه سببا وهو يستدعى المحالية . وقيام ملك النكاح لزم لصحة كلامه فى الحال ظهور قيام ملكه عند الانعقاد وقد رأينا الشرع صححه مكتفياً بالظهور فيما إذا قال للمنكوحة إن دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن الملك فى محل النزاع أولى وأحرى . والفرق جلى بين البيع بشرط الخيار وبين تعليق الطلاق .

وأما قولهم إن النكاح شرع لانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها فمنقوض بالعتيق حيث صح تعليقه بالملك مع كونه مبطلا له وضد مقتضاه . ولايقال العتق مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب أما الطلاق فمحظور شرع للحاجة عند تباين الأخلاق . لايقال ذلك لان الحاجة التى شرع الطلاق عندها كما تتحقق بعد قبل الدخول تتحقق بعده فقد تدعوه نفسه إلى تزوج من يعلم فساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجها وغلبتها عليه فيقطع طاعيتها ويؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مراقع الضرر فجاز أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه .

وأما قولهم إن التعليق إنشاء تصرف فى محل فى حال لا ولاية له عليه فيغلو كتعليق الصبى وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك فممنوع . والقياس مع الفارق لأنا قد بينا أن التعليق ليس إنشاء طلاق وإنما هو التزام يمين فيصح من أهل اليمين ومن هنا لم يصح من الصبى لعدم أهليته لالعدم الملك . وأما الأجنبى فلم يصح تعليقه لأنه لم يضف الى الملك والشرع إنما صحح التعليق فى المنكوحة لظهور قيام الملك

باستصحاب الحال فرأينا أن التعليق بالملك أحرى بالصحة لتيقن قيامه أما التعليق من الأجنبي فلم يظهر معه الملك ولم يتيقن فيكون لغواً . وتوضيحه أن الشارع صحح التعليق فى المنكوحة لوجود معنى اليمين فيه أما الأجنبية فكيف يصح وهو لا يمكن جعله إيقاعا لعدم المحمل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل وذلك لعدم ظهور ثبوت المحلية عند الشروط .

الموضوع الثانى حكم التعليق

اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا علق الطلاق فى الملك تعليقا مستوفيا شرائطه (على خلاف فيها) كان تعليقه معتبرا سواء أكان التعليق قسميا أم شرطيا وإلى ذلك ذهب عامة أهل العلم .

وذهب أبو محمد بن حزم بن يحي بن عبد العزيز من أصحاب الشافعى إلى أن التعليق لا يصح بل كله لغو .

وذهب ابن تيمية إلى أن التعليق إذا كان قسمياً يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فان الطلاق لا يقع ويجزيه فيه كفارة يمين إن حنث وإن كان التعليق شرطيا يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فان الطلاق يقع . وتابعه على هذا التفصيل تلميذه ابن القيم إلا أنه لا يرى على الحالف كفارة ولا غيرها فى التعليق القسمى .

الأدلة

احتج الأئمة الأربعة بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فأولا إطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق كقوله (الطلاق مرتان) فهى لم تفرق بين منجز ومعلق والمطلق حجة مالم يقم دليل صحيح على تقييده وذلك مالم يعرف. وثانيا قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) فان العقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام كما بينا . أما السنة فقوله ﷺ المسلمون عند شروطهم .

وفى صحيح البخارى عن نافع قال طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر ان خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشىء .

وروى الثورى عن ابن مسعود فى رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهى طالق ففعلته قال هى واحدة وهو أحق بها .

وما روى أن أبا ذر قال لامرأته لما ألحت عليه فى السؤال عن ليلة القدر إن عدت فسألتينى فأنت طالق .

وروى البيهقى وغيره عن ابن عباس فى رجل قال لامرأته هى طالق إلى سنة قال يستمتع بها إلى سنة .

أما المعقول . فقالوا : إن الملك موجود فى الحال فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ماهو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين .

وثانيا : قياس تعليق الطلاق القسمى على تعليق الطلاق على مال والثانى صحيح اتفاقا .

وثالثا : القياس على المداينة إلى أجل والعتق إلى أجل .

أما القائلون بأن التعليق كله لغو يمينا كان أو غير يمين فقد استدلوا بما يأتى :

روى ابن حزم وابن القيم عن على وشريح وطاووس أنهم كانوا يقولون الحلف بالطلاق ليس بشىء وأنه لايعرف لعلى كرم الله وجهه مخالف .

وقالوا لم يأت قرآن ولاسنة بوقوع الطلاق بذلك وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها وفى غير المدخول بها وليس هذا فيما علمنا الله : (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) .

وقالوا كل طلاق لايقع حين إيقاعه ، من المحال أن يقع بعد ذلك فى حين لم يوقعه فيه .

وقالوا : لايمين إلا ماسماه الله يمينا وقد جعل الله للايمان كفارة عند الحنث وقد أجمعتم على أن اليمين بالطلاق لا كفارة فيه عند الحنث فدل ذلك يقينا على أنه ليس شىء من ذلك يمينا .

وقالوا بقياس الطلاق على النكاح والنكاح لا يصح تعليقه فكذا الطلاق
واستدل القائلون بالتفصيل بما يأتى :

أولا روى من طرق متعددة أن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس أفتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما قالت كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدى وهى يهودية وهى نصرانية إن لم يطلق مولاها أو رافع امرأته أو يفرق بينه وبينها فاذا صح هذا عن الصحابة ولم يعلم لهم مخالف فى الحلف بالعتق ولم يلزموها به فألا يلزموه بالطلاق البغيض أحرى وأولى قال ابن القيم صح عن على وشريح وطاووس أنهم كانوا لايقضون بالحنث على من حلف بالطلاق ولايعرف لعلى فى ذلك مخالف من الصحابة .

واستدلوا أيضا بما رواه البخارى من قول ابن عباس رضى الله عنه : الطلاق عن وطر والعتق ما ابتغى به وجه الله . قالوا إنه بين بذلك أن الطلاق إنما يقع ممن غرضه إيقاعه لاممن يكره وقوعه كالحالف المكره .

واستدلوا أيضا بأن اليمين بالطلاق إن كانت يمينا شرعية كانت داخلة فى أحكام الآيات والأحاديث الشريفة الواردة فى الايمان ووجب أن تعطى أحكام الايمان وإن لم تكن يمينا شرعية كانت لغوا .

قيل لابن حازم ومن وافقه . تمسككم بما روى عن على لا يصح إلا إذا لم يكن له مخالف من الصحابة وفيما روينا من الآثار الصحيحة عنهم ما ينفى ذلك ومع ذلك فالمروى عن على كرم الله وجهه ولايعرف غيره أن رجـــلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذه أهل امرأته فجعلها طالقا إن لم يبعث نفقتها إلى شهر فجاء الأجل ولم يبعث بشىء فلما قدم خاصموه الى على فقال اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً فردها عليه . وهذا صريح فى أن علة الرد هى الاضطهاد فاعتبره مكرها فلا حجة فى هذا . أما ماروى عن شريح فهو أنه خوصم اليه فى رجل طلق امرأته إن أحدث فى الإسلام حدثا فاكترى بغلا الى حمام أعين فتعدى به إلى أصبهان فباعه واشترى بثمنه خمرا فقال شريح ان شئتم شهدتم عليه بأنه طلقها فجعلوا يرددون عليه القصة ويردد عليهم فلم يره حدثا والرواية صريحة فى أنه لم ير المعلق عليه واقعا . وأما طاوس فقد روى عنه ابنه انه كان يقول الحالف بالطلاق ليس

شيئا قلت أكان يراه يمينا قال أدرى فهذا ابنه لم يعرف رأيه مع أن قوله ليس شيئا يحتمل أنه ليس شيئاً مستقيما فى السنة بمعنى لاينبغى أن يحصل .

وقولهم لم يأت قرآن ولاسنة بوقوع الطلاق بذلك ممنوع بل أعلمنا الله وقوعه كما تدل على ذلك الاطلاقات وقد فهم أصحاب رسول الله ﷺ ذلك من فعله معهم وأفتى بصحته من أفتى وهم أفهم لكلام الله وأحرص على التزام حدوده وكذلك فهمه التابعون ومن بعدهم فان لم يكن إجماعا فليس ببعيد منه .

وأما قولهم من المحال أن يقع الطلاق فى حين لم يوقعه فيه فمغالطة لأن المعلق ليس موقعا للطلاق حين التلفظ وإنما أتى به على وجه يقع به عند تحقق الشرط .

وأما قياسهم الطلاق على النكاح فقياس مع الفارق لأن تعليق النكاح مناقض للعقد ومناف المقصود منه أما الطلاق فانه لاينافيه .

وقيل لابن تيمية فى أثر ليلى بنت العجماء أن الآثار المروية عن الصحابة فى الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا لأن رواتها من رجال الصحيح وليلى قد علقت (بأن) وهى تقتضى أن الحنث (عند عدم نية حد معين) إنما يكون عند اليأس من وقوع الشرط وذلك لايتحقق إلا بموت أحد الزوجين وما داما حيين لا يتحقق شىء من ذلك . وإذا لم تحنث فبأى شىء تجب الكفارة فتكون الفتيا بذلك مخالفة لما وقع عليه الاجماع أن الكفارة لاتجب إلا بالحنث على أن الأثر صريح فى أنه تعليق نذر بما لايراد حصوله فلا يكون المنذور مرادا فتجرى فيه الكفارة وهذا مذهب الشافعى وأحمد والمحققين من الحنفية . وهذا شىء وتعليق الطلاق شىء آخر فان النذر ورد فيه أن كفارته كفارة اليمين ولم يجىء مثل ذلك فيما لا يصح نذره كالطلاق .

وقيل لهم فى التمسك بأثر على وشريح وطاوس ماسمعت .

وقيل لهم فيما رواه البخارى عن ابن عباس ، لم يقل أحد من أهل اللغة والشرع ان معنى الوطر ما ذكرتم بل العمدة فى تفسيره أن معناه لاينبغى للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز .

أما قولهم الحلف بالطلاق إن كان يمينا فحكمه حكم الايمان الشرعية وإلا كان

لغوا فيقال فيه أن اليمين إذا أطلقت فى لسان الشرع لايفهم منها الا اليمين بالله هذا هو المعروف دون غيره فى عصر الرسول فكل ماجاء فى القرآن أو السنة من لفظ اليمين لايحمل إلا على هذا المعنى لأنه هو الذى يعرفه المخاطبون حينذاك ويلحق بها النذر لحديث مسلم وهذا لايمنع حدوث أصطلاح بعد ذلك عرف يقضى باطلاق لفظ اليمين على الحلف بالله وعلى التعليق .

هذا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بما ذهب اليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فنصت المادة الثانية منه على أنه لايقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لاغير .

نفقة المبتوتة

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعى لها النفقة والسكنى وكذلك الحامل البائن . واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على مذاهب فذهب الحنفية إلى أن لها السكنى والنفقة معا وهو مذهب عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والثورى وآخرين . وذهب أحمد إلى أنه لانفقة لها ولاسكنى وهو قول داود وأبى ثور وجماعة . وذهب مالك والشافعى إلى أن لها السكنى ولانفقة لها . وذهب جماعة إلى أنها تستحق النفقة دون السكنى وحكى ذلك رواية عن أحمد .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأخير على استحقاقها للنفقة بقوله تعالى : (والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وبقوله : (ولاتضاروهن) قالوا : ان « المتاع » بعمومه يشمل النفقة وقد جعله الله حقا ثانيا المطلقات على أزواجهن بداعية التقوى ودفع الضرر والانداء كما أرشد اليه النهى عن المضارة .

واستدلوا أيضا بأن نفقة الزوجة إنما وجبت لاحتباس الزوجة بسبب الزوج وهو متحقق فى المبتوتة لأن العدة وجبت عليها صيانة لولده فقد احتبست لمعنى يرجع اليه فتجب نفقتها عليه .

وإنما لم تجب السكنى عند هؤلاء لأن قوله تعالى : (أسكنوهن من حيث سكنتم) إنما أوجب سكنى المطلقة حيث يسكن الزوج وذلك لا يكون فى المبتوتة .

واستدل مالك والشافعى بأن قوله تعالى : (أسكنوهن من حيث سكنتم) عام وهو يوجب السكنى لكل مطلقة رجعية كانت أم بائنة وهو مقتضى كونها فى العدة ومحتبسة لحق الزوج . وإنما سقط وجوب النفقة بما رواه مالك فى الموطأ من حديث فاطمه بنت قيس وفيه : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم . ولم يذكر فيه إسقاط السكنى فبقيت الآية على عمومها . قالوا : وإنما أمرها صلى الله عليه وسلم باعتدارها فى بيت ابن أم مكتوم لأنها كانت بذيئة اللسان على أحمائها كما جاء ذلك فى بعض الروايات .

ومما يجدر أن نبادر به ههنا أن التفرقة بين النفقة والسكنى كما يرى أصحاب هذين المذهبين تفرقة بين أمرين لم يعهد فى الشرع أن فرق بينهما وهى فوق هذا لاينهض لها دليل ولايستبين لها وجه وإن من السهل منع أن آية السكنى خاصة بالرجعيات كما زعم القائلون بعدم وجوب السكنى للمبتوتة ، وكذلك من السهل كما سيأتى إثبات ان حديث فاطمة لم يقتصر فيه على نفى النفقة وإنما نفيت فيه السكنى أيضا . ولهذا قال ابن القيم : (لو وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة أيضا كما يقوله من يوجبها . فأما أن يجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس يدفعانه) . وقال ابن رشد : (إن الأولى فى المسألة إما أن يقال لها الأمر أن جميعا مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة بنت قيس وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله) .

وسنقتصر لهذا بعد إيراد أدلة المذهبين الأولين على مناقشتهما والموازنة بينهما لاغير .

* * *

استدل أحمد ومن معه على عدم وجوبها بما رواه الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن

النبي ﷺ في المطلقة ثلاثا ، قال : ليس لها سكنى ولا نفقة . رواه أحمد ومسلم ، وفي رواية للجماعة الا البخارى . قال : طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله سكنى ولا نفقة . قالوا : ان قصة فاطمة بنت قيس ثابتة من عدة روايات ، وقد جعلها العلماء أصلا لكثير من الأحكام ولا يعلم أحد من الفقهاء الا وقد احتج بها في ناحية . احتج به من قال بجواز جمع الثلاث لأن بعض ألفاظه فطلقني ثلاثا ، واحتج به من يرى جواز نظر المرأة الى الرجال لأن فيه أن الرسول ﷺ أمرها بالعدة عند ابن أم مكتوم وقال لها أنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده ، واحتج به الجميع على جواز خطبة الرجل على خطبة أخيه اذا لم تكن المرأة قد سكنت الى الخاطب الأول لأنه قد جاء فيه أنها قالت للرسول ﷺ أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم خطباني فقال لها : أما أبو جهم فلا يضع عطاه عن عاتقه أما معاوية فصعلوك ولا مال له . أنكحي أسامة بن زيد فنكحته بعد التردد فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به احتجوا به لذلك على جواز بيان ما في الرجل من عيب اذا كان على وجه النصيحة لمن استشاره أن يتزوجه أو يعامله ، وان ذلك ليس بغيبة . واحتجوا به على جواز نكاح القرشية من غير القرشي ، وعلى وقوع الطلاق في حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر وإنه لا يشترط حضوره ومواجهته به وعلى جواز التعريض بخطبة المعتدة البائن . فهذه الأحكام كلها أخذتها الأمة من قصة فاطمة بنت قيس ودل ذلك على أن الأمة قد تلقتها بالقبول وجعلتها أصلا لهذه الأحكام وهي صريحة في نفي وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة ولا مجال للطعن فيها .

ثم قالوا بعد ذلك : وإن ماتدل عليه هذه القصة هو بعينه مايدل عليه كتاب الله في قوله (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله الآيات) أمر الله الأزواج الذين لهم عند بلوغ الأجل حق الإمساك أو المفارقة بأن لا يخرجوا أزواجهم من بيوتهم وأمر الزوجات أن لا يخرجن وهذا أحد الأحكام التي أمر الله بها في هذه الآية . وواضح أن كل تلك الأحكام خاصة

بالرجعيات فيختص كذلك عدم الاخراج والخروج بالرجعيات ويرشد اليه قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فان الأمر الذى يرجى احداثه . هو المراجعة كما ذهب اليه السلف ومن بعدهم . وقد فهمت ذلك فاطمة نفسها حينما بلغها إنكار الناس عليها . قالت : بيني وبينهم كتاب الله . قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن ثم قال (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟

وقد أمر بعد هذه الآيات باسكان هؤلاء المطلقات فى قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وبهذا اتضح أن المحدث عنه المطلقات الرجعيات وان الأحكام كلها إنما هى للرجعيات المحدث عنهن ولا سبيل الى إقحام المبتوتة الا بتفكيك الضمائر واختلافها مع مفسرها وهو مما لا تحتمله بلاغة القرآن فالقرآن لم يعرض المبتوتة وقد تكفلت بالدلالة عليه قصة فاطمة بنت قيس وبها تم البيان وعرف حكم المطلقتين ثم قالوا : ولو سلمنا أن الآية عامة فى المطلقات كلها لكان حديث فاطمة وهو صحيح صريح مخصصاً لعمومها بالرجعيات وهو طريق معروف عند تعارض العام والخاص وقد استدلوا من جهة النظر بأن المرأة إذ بانت من زوجها صارت أجنبية منه ولم يبق الا مجرد اعتدادها وهو لا يوجب لها نفقة كالموطوءة بشبهة أو زنى ، وبأن النفقة ، انما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع بها وبأن النفقة لو وجبت لها لأجل عدتها منه لوجبت للمتوفى عنها زوجها من ماله لأنها فى عدته ولا قائل به .

* * *

هذه حجة أحمد ومن معه . أما الحنفية فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فالآيات المتقدمة وبينوه بأن قوله (فطلقوهن لعدتهن) ينتظم الرجعية والمبتوتة لأنه يتناول الطلقة الثالثة كما يتناول الأولى وعلى هذا العموم تحمل الضمائر والأحكام الآتية إلا ما قام دليل على تخصيصه بالرجعيات وذلك كقوله (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)وقوله (فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) ونظير ذلك أن قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) عام فى البائن والرجعى وقوله بعد ذلك (وبعولتهن أحق بردهن) خاص بالرجعيات ولم يكن خصوصه بهن مؤثرا على عموم ماقبله . وبهذا يبقى قوله بعد فى آية المرضوع

(أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الخ) عاما فى المطلقات كلهن وذلك رجوع بالآية إلى ما بنيت عليه حيث لم يظهر مخصص فبقى شمولها للرجعية والبائنة . وقد وجبت السكنى لمعان هى بنفسها توجب النفقة ذلك لأن كلا من السكنى والنفقة حق مالى ولأن قوله تعالى (لا تضاروهن لتضيقوا عليهن) يتحقق فى النفقة كما يتحقق فى السكنى ولأن الانفاق المأمور به لذات الحمل لم يكن إلا لأنها محبوسة على الرجل وفى بيته وإذا كانت النفقة واجبة بالآية للرجعية لهذا المعنى وجب أن تكون للمبتوتة لهذه العلة نفسها وكما تناولت الآية النفقة للرجعية وهى حامل ولم تدل على عدم النفقة لغير الحامل فكذلك لا يكون تناولها للبائن الحامل مانعا لتناولها لغير الحامل لأن الشرط فيها ليس مفهوم مخالفة بل هو مفهوم موافقة وفائدته أن الحامل قد يتوهم أنه لا نفقة لها لطول مدة الحمل فأثبت لها النفقة ليعلم غيرها بطريق الأولى . يرشد اليه جعل الوضع غاية الانفاق وهو المقصود بالشروط لا أصل الانفاق .

أما السنة فمنها ما جاء فى مسلم عن أبى اسحق قال كنت مع الأسود بن يزيد جالسا فى المسجد ومعنا الشعبى فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم أخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر رضى الله عنه لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا تدرى أحفظت أم نسيت . لها السكنى والنفقة قال الله عز وجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) .

وقد دل ذلك على أن عمر فهم أن القرآن عام فى المطلقات كما بيناه ، وأخبر أن سنة النبى ﷺ أن لها النفقة والسكنى .

وكما أنكر عمر على فاطمة بنت قيس أنكرت السيدة عائشة أيضا عليها وجاء فى صحيح البخارى أنها قالت لها : ألا تتقى الله تعنى فى قولها لا سكنى لها ولا نفقة وأنكر عليها أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ وابن حبه وكذلك مروان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والأسود بن يزيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن . ومن كلام مروان (سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها) .

قالوا فهذا يكاد يكون إجماعا أو على تخطئة فاطمة وثانيا على أن السنة وما عليه الناس هو وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة وهذا أقوى أنواع السنة .

أما المعقول فهو أن المعانى التى لأجلها تجب النفقة والسكنى للرجعية وللبائن الحامل متحققة بذاتها فى المبتوتة الحائل فوجب ثبوت الحكم لها .

* * *

وأنت إذا وازنت بين وجه كون الآية عامة أو خاصة تبين لك رجحان الحمل على العموم كما أراده الحنفية ، وكذلك إذا وازنت بين المنقول والمعقول فان الفجيعة بالبينونة أشد أثراً على النفس من الرجعة وما احوج المرأة فى البينونة إلى مايخفف مصابها الذى انقطع أملها فى تلافيه . وأن من يذكر قول الله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم) لايتردد لحظة فى أن النفقة إذا وجدت للرجعية فوجوبها للمبتوتة أحق وألزم .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد وجهت اليه مطاعن تكفل ببيانها الكمال وعرض لها ليردها ابن القيم فى زاد المعاد ، ونحن نرى أن كلا من الطرفين قد أسرف فى التحامل على صاحبه والحق أن الآية وحدها كفيلة بالبيان وأنها عامة ، وأن قصة فاطمة صحيحة ، وأن حكم النبى ﷺ بعدم النفقة والسكنى كان خاصاً بها وذلك لأن زوجها كان غائبا وليس له مال ، حتى يقضى لها بالنفقة وأما السكنى فقد جاء فى روايات القصة عن عائشة أن عدم اسكانها مع أحمائها كان لشدتها عليهم وليس معنى هذا كما يرى ابن القيم الطعن فى خلقها أو الحط من درجة صحبتها ، ولم يكن إنكار عمر وغيره عليها لأنها امرأة لاتقبل روايتها أو طعنا فى أصل القصة وإنما هو انكار لفهمها أن الحكم الخاص بها لظروفها الخاصة عام فى كل مبتوتة . هذا هو رأينا فى المسألة وعليك أن تستوعب ماكتبه الكمال وابن القيم فى هذا الموضوع فانهما فرسا رهانه والله يرشدك إلى الخير .

حكم المفقود

والمفقود هو من غاب وانقطع خبره فلم يعرف له موضع ولم يدر أحى هو أم ميت .

وقد اختلف العلماء فيما تصنع بماله وما تصنعه زوجه . والممكن من وجوه النظر أن يعتبر حيا بالنظر لها فتبقى زوجه فى عصمته وماله على ملكه حتى ينكشف

أمره وان يعتبر ميتا فى حقهما فيحكم بخروج زوجه من عصمته ويقسم ما بين ورثته . وأن يعتبر حيا بالنظر إلى المال دون الزوجة أو بالعكس .

فذهب الحنفية والشافعية إلى اعتباره حيا فى الأمرين وقالوا هى زوجته والمال ماله حتى يتبين أمره وفى هذا محافظة على أمر ثبت بيقين .

وذهب الحنابلة إلى اعتباره ميتا فيهما على تفصيل يأتى بعد . وذلك عقب انتهاء مدة التربص المقدرة عندهم فتخرج زوجه من عصمته ويقسم ماله على ورثته ، وفى هذا نظر لحال المرأة ومراعاتها برفع الضر والعنت عنها والمال جعل تابعا فى ذلك .

وذهب المالكية إلى اعتباره ميتا فى حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته . وفى هذا الاعتبار مراعاة لحق المرأة ولا ضرورة تدعو اليه فى الأموال . أما الاعتبار الرابع فهو . أولا — اعتبار لا تدعوا إليه ضرورة من دفع ضرر أو جلب مصلحة . ثانيا — أنه عكس ما تقضى به قضية الامساك بالمعروف فى الزوجة ودفع الضرر عنها . وقد عهد العمل فى الشريعة عليهما فى حين أن هذا الاعتبار يراعى جانب المال أكثر مما يراعى جانب المرأة مع أن أمر المال أهون فى نظر الشرع من أمر المرأة . ولأن المال يمكن حفظه وتنميته بوساطة القوامة التى عهدت فى أموال من لا يستطيعون حفظها وتنميتها . ولهذا لا نعلم أن فقيها نظر إلى المفقود بهذا الاعتبار الرابع . وإنما آراؤهم دائرة على الاعتبارات الثلاثة المتقدمة كما علمت . واليك تفصيل هذا الاجماع .

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن زوجة المفقود زوجته والمال ماله وإن طال الزمن حتى يغلب على الظن موته وذلك بموت أقرانه أو بمضى مدة لا يعيش لمثلها عادة . وفى تقدير هذه المدة أقوال فى المذهبين . فقيل أنها سبعون سنة وقيل ثمانون وهكذا إلى مائة وعشرين وفى قول الحنفية إن أمر ذلك مفوض إلى رأى القاضى واجتهاده . قيل وهذا هو الأظهر من مذهب الشافعية . فاذا غلب على الظن موته — على اختلاف الأقوال — حكم بموته واعتدت الزوجة عدة الوفاة من وقت الحكم بالموت وقسم ماله بين ورثته الذين يرثونه عند الحكم فلا يرثه من مات قبل الحكم أو حدث إرثه بعده بزوال مانع عنه بعتق أو إسلام .

وهم لا يفرقون فى ذلك بين غيبة وغيبة فسواء أكانت الغيبة ظاهرها السلامة

أم الهلاك. وسواء أكانت عقب سبب يفضى إلى الهلاك عادة أم لا ، وسواء أكانت فى أرض الاسلام أم فى غيرها . وسواء أكانت فى برام بحر فحكمها فى كل هذه الأحوال واحد فى المذهبين هو ما تقدم .

ويرى الحنابلة أن الغيبة نوعان : الأولى غيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة فى غير مهلكة . والسفر لطلب العلم والسياحة . والحكم فيها كما يقول الحنفية والشافعية أنه لابد من مضى مدة التعمير . وقدروها بتسعين سنة من وقت ولادة المفقود كما نص عليه فى كشاف القناع وحكاه صاحب المغنى من رواية الأثرم عن أحمد بن حنبل لكنه قال : إن المذهب خلافه وهو أن الزوجية لاتزول مالم يتيقن موته أو تمضى مدة لا يعيش لمثلها . وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم . صرح بذلك صاحب المغنى فى باب ميراث المفقود قال : لأن هذا تقدير بمدة معينة من غير توقيف . والتقدير لا ينبغى أن يصار الا بالتوقيف .

والثانى غيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله أو يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضى لحاجة على أن يعود فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين . أو من غرق سفينة أو نحو ذلك من سائر أسباب الهلاك . والحكم فيه أن ينتظر به أربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت زوجته للوفاة أربعة أشهر وعشرا . وذكر القاضى أنه لا يقسم ماله حتى تمضى عدة الوفاة بعد الأربع السنين ولا يفتقر ذلك كله الى حكم حاكم .

وجرى المالكية فى المسألة على أساس التفرقة أيضا بين غيبة ظاهرها السلامة وأخرى ظاهرها الهلاك . فقالوا فى الأولى لابد من انقضاء مدة التعمير . وجعلوا منها الفقد فى أرض الشرك . وبالأسر وقالوا أيضا لا بد من الحكم بالموت بعد انقضاء مدة التعمير . أما الثانية ، وهى التى ظاهرها الهلاك فهى إما أن تكون بعد سبب من شأنه الاهلاك كمعترك أو طاعون أو غرق سفينة . وإما ألا تكون بعد سبب كذلك كما إذا سافر فى أرض الاسلام لغرض من الأغراض وفقد فيها . والحكم فيما إذا كانت بعد سبب من شأنه الاهلاك أنها تعتد بعد انتهاء المعركة وذهاب الطاعون وبعد مضى مدة العودة إلى البلدة على حسب القرب والبعد — أما إذا لم تكن بعد سبب كذلك فالحكم فيها ما رآه أحمد فى الغيبة التى ظاهرها

فتتربص اربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ويلزم في الجميع البحث عنه حتى يغلب على الظن موته ثم تعتد أو تتربص .

هذه آراء الأئمة فى حكم المفقود من حيث ماله وزوجته اما حكمه من حيث ارثه من غيره فقالوا فيه ان مات المفقود من يرثه قبل أن يحكم بوفاته يوقف نصيبه من مال مورثه . فان كان المفقود يحجب الحاضرين لم يصرف شيء ووقف المال كله وان كان لا يحجبهم يعطى كل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود وعلى تقدير موته . وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأحمد وأكثر الفقهاء والصحيح من مذهب الشافعى . وللشافعية وجهان آخران أحدهما تقدير حياته لأنها الاصل فان ظهر خلافهما غيرنا الحكم والثانى يقدر موته فى حق الجميع لأن استحقاق الحاضرين معلوم واستحقاقه مشكوك فيه فان ظهر خلافه غيرنا الحكم . وهذا الوجه بعيد .

ويظل نصيب المفقود موقوفا حتى يتبين حاله . فان بان حيا أخذه وردت الزيادة الى أهلها : وان علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله لورثته . وان علم أنه كان ميتا حين موت مورثه رد الموقوف الى ورثة الأول وان لم يعلم خبره وحكم بموته رد نصيبه أيضا الى ورثة الأول لأنه مشكوك فى حياته حين الموت فلا نورثه مع الشك .

استدل الحنفية والشافعية على ماذهبوا اليه فى المفقود بما يأتى :

أولا — بما أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب . حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » .

وثانيا — بما روى عن عبد الرازق : أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمى عن الحكم ابن عتيبه عن على رضى الله عنه قال — فى امرأة المفقود — هى امرأة المفقود — هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق .

وبما روى عن خريج قال : بلغنى أن ابن مسعود وافق عليا أنها تنتظر أبداً وقد روى هذا المذهب عن أبى قلابه والشعبى والنخعى . قالوا جميعا ليس لامرأة المفقود أن تتزوج حتى يستبين أمره .

وثالثا — بأن النكاح بين المفقود . وزوجته ثابت بيقين . ومجرد الغيبة

لايوجب الفرقة وإنما يوجبها الموت . وموت المفقود مشكوك فيه ومن القواعد أن اليقين لايزول بالشك . وبقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه . فوجب عملا بالثابت المتيقن ترك الأمر حتى يتبين الحال . وقد نقل رجوع عمر رضى الله عنه الى قول على فى امرأة المفقود . روى ذلك ابن أبى ليلى وكانت هذه إحدى قضايا ثلاث رجع فيها عمر إلى رأى على رضى الله عنهما . وبذلك كان هذا المذهب مذهب على وعمر وابن مسعود وقد أيدته القواعد ورجحه ماروينا من السنة المرفوعة .

واستدل المالكية والحنابلة على مااتفقوا عليه بمارواه ابن أبى شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمر وعن يحى ابن جعده أن رجلا فقد فى عهد عمر فجاءت امرأته إليه فذكرت ذلك له فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعدها أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاعتدت ثم تزوجت بآخر ثم جاء زوجها الأول فخيره بين الزوجة والصداق وقد خرج هذا الحديث من عدة طرق . وروى ذلك الحكم فى امرأة المفقود عن عثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير . وهذه كلها قضايا فى زوجة المفقود انتشرت فى عهد الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعا وقد قال به غير هؤلاء الخمسة عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى ابن المدينى وعبد العزيز بن أبى سلمة ولا ريب أن التقدير مما لا يدرك بالقياس فيجعل هذا التقدير على أن هؤلاء جميعا سمعوه من الرسول ﷺ . ولأقوالهم فى مثله حكم المرفوع فوجب الأخذ به . ولو كان ثمة رأى واجتهاد لنقل الينا مع أنه لم يثبت أن أحدا من الصحابة أنكر على أحد من هؤلاء الأصحاب حكمه فى زوجة المفقود فكان ذلك من جهة أخرى فى حكم الاجماع فوجب قبوله والعمل بمقتضاه وهنا يقول الحنابلة إن هذه القضايا وردت فى مفقود بغيبة ظاهرها الهلاك فيقتصر فى هذا الحكم على مايماثل تلك الغيبة من غير تفرقة بين ماله سبب من شأنه الاهلاك وما ليس له سبب كذلك . وتبقى الغيبة التى ظاهرها السلامة على مقتضى قاعدة .

(اليقين لايزول بالشك) فلابد فيها من تحقق الموت وثبوته . ولا يصح التقدير طالت مدة الغيبة أم قصرت .

أما المالكية فقد نظروا إلى مايغلب فيه السلامة فتركوه للتعمير وإلى مايغلب

فيه الهلاك وجعلوا هذا قسمين : قسم يعظم فيه غلبة الهلاك لوقوعه بعد سبب مهلك فحكموا بالتفريق عقب السبب مباشرة ان كان لايحتاج إلى مدة عودة أو بعد مدة العودة الممكنة إلى بلاده إن كان يحتاج إلى مدة ، وقسم آخر لا تعظم فيه غلبة الهلاك لعدم وقوعه بعد سبب مهلك وقالوا إن هذا القسم هو محل التقدير بأربع سنين ثم قال كل من الحنابلة والمالكية إن التفريق بين الغائب وامرأته قد بنى على أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت الحياة الفردية خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لاتستطيع أن تحفظ نفسها من عوامل الفتنة التى تحيط بها أسبابها من كل جانب وقد وجد للتفريق بالضرر أصل معروف فى الشريعة . ذلك هو التفريق للايلاء وللعنة وقد ضرب الشارع لكل منهما أجلا بمضيه يحصل التفريق فليضرب لضرر الفقد الذى يصيب المرأة فى زوجها أجل وهو ماروى عن أصحاب رسول الله ﷺ ولم يعرف من طريق صحيح أن بعضهم أنكر التقدير به .

ولعل الحكمة فى التقدير بالأربع السنين أنها أقصى مدة ذهب اليها العلماء فى تقدير مدة الحمل وبذلك تتبين براءة المرأة بيقين فيحكم بالتفريق على وجه يطمئن بخلو المرأة من غرس زوجها . وإنما خالفت مدة الفقد مدة الايلاء والعنة لأن الايلاء باختيار الرجل وقد كان بيده الايولى من امرأته . ولان العنة بعد سنة يغلب على الظن أنها لاتزول ولا كذلك المفقود .

يتجه على الحنفية والشافعية فى استدلالهم بالحديث المروى عن المغيرة بن شعبة: أن رواية محمد بن شرحبيل . وقد قال ابن حاتم عن أبيه : أنه يروى عن المغيرة مناكير أباطيل . وأن سوار بن مصعب الذى روى عن محمد بن شرحبيل قال فيه القطان . انه أشهر فى المتروكين . أما المروى عن على فظاهر أنه اجتهاد ورأى . أنظر قوله (هى امرأة ابتليت فلتصبر) أمرها بالصبر لابتلائها شأن كل مبتلى على أنه قد روى الجوزانى وغيره عن على فى امرأة المفقود (تعتد بأربع سنين) وبذلك قضى عثمان وابن الزبير فى مولاة لهم .

ويتجه عليهم فى الاستدلال بالمعقول أن غلبة الظن فى الشريعة لها حكم اليقين والمراد من القاعدة أن اليقين لايزول بالشك والمخالفون يقولون : ان عدم ظهور أمره بعد البحث والتنقيب أربع سنين مع وجود العوامل التى تدفعه الى الظهور لو

كان حيا يجعل هلاكه غالبا على الظن . وغلبة الظن فى مثله كافية للحكم بموته . وللتفرقة بينه وبين زوجه ، وأما احتمال الظهور بعد ذلك فنادر لايناط به حكم على أن المخالفين لم يعتمدوا فى الحكم بموته بعد مضى مدة التعمير إلا على غلبة الظن لبقاء احتمال الظهور أيضا . ولذلك بينوا حكمه على فرض ظهوره . والواقع أن اليقين منتف عند الفريقين وأن غلبة الظن كافية لرفع الضرر الذى يلحق المرأة من بقائها فى زوجية المفقود . وهذا قدر لاينبغى أن يكون محل خلاف . نعم تختلف الأنظار فيما به تحصل غلبة الظن وقد وجد الاختلاف فى ذلك فعلا من عهد الصدر الأول وليس للتقدير بمدة معينة أيا كانت تلك المدة من وجه شرعى يعتمد عليه . خصوصا أنهم قد أجمعوا على أن التقدير لامجال للرأى فيه .

فالوجه الذى نختاره هو التفويض إلى رأى القاضى . قال الزيلعى والمختار أنه يفوض إلى رأى الامام لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فان الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل فى مهلكة اهـ .

وقد اعتبر الحنابلة التفويض إلى اجتهاد الحاكم فى قسمة أمواله . ولاريب أن التفويض إلى اجتهاد الحاكم فيه تقدير ظروف الزوجة وظروف الزوج ولهذه الظروف ارشاد كبير إلى مافيه المصلحة .

وبذلك يتبين أن مذهب القائلين بالتفويض إلى رأى الحاكم أسد وأوفق خصوصا فى هذا الزمن الذى يسهل فيه الوقوف على حال الغائبين .

وتقدير عمر رضى الله عنه لامرأة المفقود بأربع سنين كان عن اجتهاد ورأى ولعل الظروف التى رآها قضت عنده بذلك . وجميع ما نقل من حوادث الفقد وقائع حال قدرت فيها الظروف فقضى كل بما رأى ووقع عنده .

قال الزيلعى : وما كان سبب اختلاف الناس فى مدته الا اختلاف آرائهم فيه . اهـ ولا يعكر على هذا الرأى سوى أنه ليس كل قاض يركن إلى تقديره .

هذا وقد رأت المحاكم الشرعية فى مصر أن العمل فى المفقود بمذهب الحنفية أصبح لايتفق مع حالة الرقى التى وصلت اليها البلاد فى طرق المواصلات ووسائل التخاطب وسهولة البحث عن الغائب فاختارت أن تعامل زوجه بمقتضى مذهب المالكية .

ووضعت المادتين السابعة والثامنة من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ؛ وفيهما أن القاضى يعلن الزوجة بعد البحث وبعد مضى أربع سنين من حين رفع الأمر اليه بالاعتداد عدة الوفاة . ثم رأت أن تعدل عن مذهب المالكية وقسمت المفقود الى (غائب) غيبة ظاهرها الهلاك وقدرت له أربع سنين (وغائب) غيبة ظاهرها السلامة وفوضت الأمر فى زوجته وماله إلى رأى القاضى ووضعت لذلك المادة الحادية والعشرين من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقالت مذكرته الإيضاحية ان هذا أخذ بمذهب أحمد فيما يختص بالزوجة فى القسم الأول وبرواية له وبمذهب الحنفية فيما يختص بها وبالأموال فى القسم الثانى . ولقد كان لهم فى القول الراجح من مذهب الحنفية وهو التفويض الى رأى القاضى فى الزوجة والمال غناء من هـذا التبديل وذلك التلفيق لاسيما أنه يعتبر ميتا قبل مضى الأربع السنين .

لزوم الوقف

اتفق الأئمة الاربعة على أن الوقف تصرف مشروع . واتفقوا أيضاً على أن وقف المسجد والرباط ونحوهما مما لايقصد فيه جعل المنفعة لمعين لازم ولا ملك فيه لأحد واختلفوا فيما قصد به جعل المنفعة لمعين من جهتين جهة الملك وجهة اللزوم ففى الملك قال أبو حنيفة ومالك الوقف للواقف وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد هو ملك لله وقال أحمد هو ملك الموقوف عليه كالصدقة أما جهة اللزوم فرأى جمهور الأئمة أنه لازم لايباع ولا يوهب ولا يورث وقال أبو حنيفة بعدم لزومه وأنه كالعارية . وأنت ترى من هذا أن الخلاف الذى له ثمرة فى الأحكام العملية إنما هو الخلاف فى اللزوم وعدمه وذلك موضع المقارنة .

استدل أبو حنيفة بالسنة والمعقول .

أما السنة . فمنها ما أسنده الطحاوى فى شرح معانى الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء . وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس . وقد روى من طريق آخر للدارقطنى عن على رضى الله عنه لاحبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وقال صاحب الفتح وينبغى

أن يكون لهذا الموقف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح ومثله لايقال إلا سماعا .

ومنها ما رواه ابن أبي شيبة فى البيوع بسنده عن شريح ، قال جاء محمد ببيع الحبيس وقد أخرجه البيهقى أيضا . وهـــذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حجة عند الحنفية .

أما المعقول فمن وجهين . أحدهما أن لزومه يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف وإلا لجاز للواقف أن يتصرف فيه تصرف المالك . وما عهدنا مالكا ذا أهلية تغل يده عن التصرف فى ملكه بما يريد . ولو خرج عن ملك الواقف لاالى مالك فهو السائبة . ولاسائبة فى الاسلام : « ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة » .

ثانيهما . ان حقوق العباد لم تنقطع عن الموقوف . بدليل جواز الانتفاع به زراعة وسكنى . وبقاء الحقوق دليل بقاء الملك فيه . ولا ملك لغير الواقف اتفاقا فوجب أن يكون الملك للواقف وبقاء الملك للواقف ينافى اللزوم .

ويؤيد كون الملك للواقف . أن له فى الوقف حقوقا خاصة . كتعيين النظار وعزلهم وتوزيع الريع على مقتضى شرطه . ولم يستفد هـذه الحقوق من ولاية طارئة اتفاقا فوجب أن يكون مردها ملكه .

واستدلال الأئمة الثلاثة والصاحبان . أولا بما روى . أن عمر رضى الله تعالى عنه أتى النبى ﷺ وكانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يارسول الله انى أصبت مالا هو عندى نفيس أفأتصدق به فقال رسول الله ﷺ تصدق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ولـكن تنفق ثمرته فتصدق به عمر فى سبيل الله وفى الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لاجناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول منه .

وهذه الأرض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخيبر وثمغ لقب لها وهذا الحديث مروى فى الصحيحين وباقى الـكتب الستة مع اختلاف فى بعض الألفاظ .

ثانيا — بالاجماع العملى فقد استمر عمل الأمة من عهد رسول الله ﷺ الى يومنا هذا على حبس أموالهم مؤبدة من غير نـكير .

ثالثا — بالمعقول وهو أن داعية الواقف إلى وقف أمواله تستدعى لزوم

الوقف بخروجه عن ملكه . لأنها ترجع إلى إرادة وصول الثواب اليه ولاطريق لاستمرار وصول الثواب اليه إلا بلزومه وعدم انقطاعه وقد أشار الشرع الى أن الذى يحقق هذه الرغبة هو الوقف بما رواه الترمذى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : اذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له .

وقد قيل لأبى حنيفة فى حديث لاحبس عن فرائض الله . أنه وإن كان عاما إلا أن قاعدة الجمع بين الدليلين المتعارضين ما أمكن توجب حمله على خصوص ما كان فى الجاهلية من التوريث بالموالاة والمؤاخاة وحرمان الاناث مطلقا والذكور الصغار من الارث وقصره على الذكور القادرين ، وقد كان ذلك بعد أن نزلت آيات المواريث وجعلت للنساء . والذكور مطلقا نصيبا فى الميراث وبينت فرائض الوارثين وحقوقهم وأن أولى الأرحام بعضهم أولى ببعض — على أن الحديث عند التحقيق لايتناول الوقف لأن الوقف ليس حبساً عن فرائض الله التى لاتثبت للوارث إلا بعد وفاة المورث أوحال مرضه إذ هو تصرف صادر من أهله فى خالص حقه . ولو كان الوقف مع هذا حبسا عن فرائض الله لكانت جميع الصدقات والهبات حبسا عن فرائض الله ولاقائل بذلك وقيل له فى حديث شريح إنه لادلالة فيـــه أيضا لأن الوقف بالمعنى الشرعى لم يكن معروفا فى الجاهلية وإنما عرف فى الإسلام كما قال الشافعى رضى الله عنه وحينئذ فلا يمكن أن يتناول الحبس الذى جاء الرسول ببيعه هذه الأوقاف المعروفة لنا شرعا ووجب حمله على الاحباس المعروفة إذ ذاك من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام . وعلى فرض أن الوقف الشرعى كان معروفا فى الجاهلية فاستمرار العمل به من الصحابة والتابعين دليل على أن الذى جاء ببيعه محمد ﷺ هو النوع الآخر الذى نفاه القرآن جمعا بين الأدلة كما سبق .

وقيل له فى المعقول انه لامانع من خروج الوقف عن ملك الواقف الى غير مالك فان المسجد يزول ملك الواقف عنه اتفاقا ولاملك لأحد فيه من العباد فيكون وقف غير المسجد كالمسجد . وأما تعلق حق العبد بالوقف وثبوت الحقوق للواقف فانه لايدل على بقاء الملك فان القربان يصير إلى الله ويخرج من ملك صاحبه بالاراقة مع أن صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق وتلك ولاية خولها له الشارع فليكن أمر الوقف كذلك .

ويتضح مما سبق أن الفريقين يتفقان على أن للواقف حقوقا فى الوقف وعلى أن الإمام وصاحبيه يرون بين بقاء الملك للواقف فى الوقف . وعدم لزومه تلازما وأن أبا حنيفة يرى أن ثبوت الحقوق للواقف يدل على بقاء ملكه فيه . وقد وقف الإمام مالك رضى الله عنه فى المسألة موقفا وسطا فرأى أن لاتلازم بين بقاء الملك وعدم اللزوم فالوقف عنده لايخرج عن ملك الواقف وهو فى الوقت نفسه لازم لايباع ولايوهب ولا يورث وقد قرر الحنفية لذلك نظيرا فى المدبر وأم الولد وقد استحسن الكمال هذا الرأى ووجهه بما خلاصته أن ملك الواقف ثابت قبل الوقف بيقين ومنع التصرف بالبيع ونحوه أثبته حديث عمر وعمل المسلمين فليثبت ذلك القدر أما الملك فلم يوجد مايدل على إزالته بل وجد فى بعض روايات حديث عمر مايدل على بقائه على ما كان وهو قوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فانه ظاهر فى التصدق بالغلة مع بقاء الملك وكذلك المعنى المعقول الذى تمسك به الجمهور لايدل إلا على اللزوم فقط . وهو تحقيق نظرى وجيه .

هذا ويتضح مما سبق أيضا رجحان قول عامة العلماء بلزوم الوقف لأن الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك وقد استمر عمل الأمة من عهد الرسول إلى يومنا عليه وهو إجماع عملى لاينهض شىء من أدلة أبى حنيفة على معارضته وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية المصرية على الأخـــذ برأى الجمهور باعتباره أرجح الأقوال فى مذهب الحنفية .

القضاء بشاهد ويمين

اتفق العلماء على أن المدعى اذا أقام شاهدين على دعواه وقبلت شهادتهما حكم له بما ادعى . وعلى أنه اذا عجز عن البينة ، وطلب تحليف المدعى عليه وحلف رفضت دعواه . واختلفوا بعد ذلك فى فصلين أحدهما إذا أقام أبى المدعى عليه أن يحلف هل يحلف المدعى أن يقضى له بنكول صاحبه عن اليمين . ثانيهما إذا أقام المدعى شاهدا وعجز عن الآخر وحلف مع شاهده هل يقضى له بشاهده ويمينه .

وموضوع المقارنة هو الفصل الثانى من الخلافيتين . فذهب الى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن على بن الحسين والزهرى والنخعى وابن شبرمة

والامام يحي وأبو حنيفة وأصحابه . وذهب الى جواز الحكم بهما جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم منهم الخلفاء الأربعة وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والأئمة الثلاثة رضى الله عنهم .

* * *

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) طلب القرآن اشهاد رجلين . ونص عند عدمها على رجل وامرأتين فقبول الشاهد الواحد واليمين زيادة على النص والزيادة على النص نسخ . وهو لايجوز إلا بمتواتر أو مشهور وليس فى المسألة واحد منهما .

أما السنة فما رواه مسلم وأحمد من قوله عليه الصلاة والسلام (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ومن قوله (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) ومن قوله ﷺ لمدع (شاهداك أو يمينه) .

فالحديث الأول جعل جنس اليمين على المنكر . فاذا قبلت يمين من المدعى أو وجهت اليه لم يكن جميع أفراد اليمين على المنكرين . وكذلك الحديث الثانى جعل جميع أفراد البينة على المدعى وجميع أفراد اليمين على المنكر . وتضمن مع هـــذا قسمة وتوزيعاً والقسمة تنافى اشتراك الخصمين فيما وقعت فيه القسمة والحديث الثالث خير المدعى بين امرين لا ثالث لهما إما بينة أو يمين المدعى عليه . والتخيير بين أمرين معينين يمنع تجاوزهما والجمع بينهما .

بهذه الأدلة رأى الحنفية عدم جواز الحكم بشاهد ويمين . وقالوا ان الحاكم إذا حكم بهما لاينفذ حكمه وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله . قال فى متن التنوير وشرحه (واذا رفع اليه حكم قاض آخر نفذه الا ما خالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا ومن ذلك مالو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) .

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما روى من أن النبى ﷺ قضى بشاهد ويمين . وقد ذكر ابن الجوزى عدد من روى هذا الحديث فزاد على عشرين صحابيا . وأصح تلك الطرق حديث ابن عباس الذى قال فيه الشافعى وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره مع أن معه غيره مما يشده . وقال النسائى اسناده جيد . وقال البزار فى الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر لا مطعن لأحد فى إسناده .

ومع ما علمت فى رواية القضاء بالشاهد واليمين قال الزيلعى : وما رواه الشافعى ضعيف رده يحى بن معين فلا يعارض مارويناه . ولأنه يرويه ربيعة عن سهل ابن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير . ولو سلمنا صحته احتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب . ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير اهـ

وكما طعن الزيلعى وأول كما ترى فى حديث القضاء بالشاهد واليمين طعن الآخرون فيما تمسك به الحنفية وقالوا لو صحت لا تفيد عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين لأن حديث التخيير كان فى واقعة عجز فيها المدعى عن البينة ورضى المدعى عليه باليمين فتخوف المدعى وقال (إذا يحلف ولا يبالى) فقال الرسول ﷺ ليس لك منه الا ذلك . وهو غير موضع النزاع وأما الحديثان الآخران فجاءا على الشأن فى مبدأ الخصومة وهو اما البينة من المدعى أو اليمين من المنكر . وهذا لا يمنع الحكم بيمين المدعى وشاهده اذا عجز عن الشاهد الآخر وأبى المدعى عليه أن يحلفه فلا دلالة لشىء من الأحاديث المذكورة — على فرض صحتها — على المنع .

وبالنظر فيما قاله الفريقان نجد — أولا — أن ماطعن به الحنفية على أحاديث الجمهور . مردود . لما عرفت من شهرتها بين المحدثين وانها مروية عن جمع عظيم من الصحابة . وماقاله الزيلعى من انكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه أن سهيلا أصيب بعلة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فقال لا أحفظه

ولا أتذكره . وهذا لا يضر بعد أن تثبت رواية الحديث من طرق أخرى حسان وبعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات .

ثانيا — أن قول الحنفية (إن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين زيادة على الكتاب وزيادة نسخ) بناء على قاعدة لم يظهر التزامهم لها فى كثير من فروعهم المذهبية . فهى كما قال الشوكانى . زيادة ولكنها غير منافية للأصل فقبولها محتم . وغاية ما يقال على فرض معارضة الآية وحديث (شاهداك أو يمينه) لأحاديث القضاء بشاهد ويمين ـ وإن كان فرضاً فاسدا ـ ان الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما . وهذا المفهوم المردود عند أكثر أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ماورد فى العمل بشاهد ويمين على أنه يقال العمل بشهادة المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم ـ حديث شاهداك أو يمينه . فان قالوا قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية . قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب . هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد فان كان لا يعمل به أصلا فالحجة عليه أوضح وأتم .

ولابن تيمية كلام جيد فى توجيه آية (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) نورده هنا لما فيه من الفائدة فى موضعنا هذا .

قال : القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين فى طريق الحكم التى يحكم بها الحاكم وإنما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الانسان حقه ـ وبعد أن ذكر الآية قال ـ فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب وأمر من عليه الحق أن يمل الكاتب . فان لم يكن ممن يصح إملاؤه أملى عنه وليه . ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فان لم يجد فرجل وامرأتان . ثم نهى الشهداء المتحملين للشهادة عن التخلف عن إقامتها اذ طلبوا لذلك . ثم رخص لهم فى التجارة الحاضرة ألا يكتبوها ثم أمرهم بالاشهاد عند التبايع ثم أمرهم اذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتبا أن يستوثقوا بالرهن المقبوضة . كل هذه نصيحة لهم وتعليم وارشاد لما يحفظون به حقوقهم وما تحفظ به الحقوق شيء . ومايحكم به الحاكم شيء آخر . فان طرق الحكم أوسع من الشاهدين . والرجل والمرأتين . فان الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له فى القرآن . فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة اهـ .

وعلى فرض أن واستشهدوا شهيدين جاءت لبيان مايحكم به الحاكم فليس فيها مايدل على منع الحكم بشاهد ويمين فان كثيرا من الأحكام أخذ بها المسلمون ولم ترد فى لفظ الكتاب ولكن السنة قضت بها وطلبتها فكانت شريعة يجب اتباعها كالذى جاء به الكتاب ، وذلك كمنع الوصية للوارث ومنع نكاح المرأة على عمتها وخالتها . ومنع التوارث بين المسلم وغيره . وإيجابه فى حل المطلقة ثلاثاً أن تذوق عسيلة الزوج الثانى كل ذلك وله نظائر كثيرة أخذ به المسلمون من السنة زيادة على مافى الكتاب ولم يقل أحد أنها نسخ للكتاب فيجب رفض السنة الواردة به . ولاشك أن الحكم بالشاهد واليمين كهذه الأحكام وردت به السنة وهى زائدة على الكتاب وليس فى الكتاب مايمنعه فوجب القول به . فان قال المانعون إن الأحاديث التى أخذنا بها فيما ذكرت من الأحكام أحاديث خرجت عن رتبة الآحاد إلى درجة الشهرة فوجب الأخذ بها ولا كذلك الأحاديث التى وردت فى مسألة الخلاف . قلنا لهم ماقاله الشوكانى وغيره جوابا عن هذا السؤال . أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها نيف وعشرون صحابيا وفيها ما هو صحيح متفق على صحته كما رأيت ذلك فيما تقدم فأى شهرة تزيد على الشهرة .

أما تأويلهم قضاء النبي بشاهد ويمين . فقد قال فيه ابن العربى : إن هذا جهل باللغة لأن المعية بين شيئين تقتضى أن يكونا من جهة واحدة لا من جهتين متضادتين

وبعد فقد قال الشوكانى (جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق فى سوق المناظرة عند من له أدنى إلمام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من أنصاف) . اه

وقال ابن القيم : إنكم قبلتم شهادة النساء وحدهن على الرضاع والولادة وعيوب النساء مع أنه زائد على مافى القرآن . ولم يصح الحديث به صحته فى الشاهد واليمين . ورددتم هذا ونحوه بأنه زائد على القرآن . اه

القضاء بشهادة غير المسلمين

لهذه المسألة صورتان : احداهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض والثانية شهادتهم على المسلمين . أما المسألة الاولى فذهب فيها مالك والشافعى وأحمد إلى

أنها لا تقبل مطلقا اختلفت الملل أم اتفقت ونقل ذلك عن طائفة من المتقدمين وذهب الحنفية إلى قبول شهادتهم بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم كيهودى على نصرانى وعكسه إلا أنهم لم يقبلوا شهادة الحربى على مثله إذا اختلفت دارهما وذهبت طائفة إلى قبولها فيما بين أهل الملة الواحدة فلا تقبل شهادة اليهودى على النصرانى ولا عكسه .

ونقل ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية أن مالكا يجيز شهادة الطبيب الكافر حتى على المسلم للحاجة .

الأدلة

استدل المانعون مطلقا بوجوه (الأول) إن الله ما ذكر اليهود فى كتابه إلا وصفهم بما لا ينطبق على غير المسلمين فمن ذلك قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وقوله (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وغير المسلم ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا من المرضيين عندنا . (الثانى) ان الله وصفهم كثيرا بالكذب والفسق ، ولا شهادة لكاذب ولا فاسق ، وكيف تجوز لهم شهادة وقد منعت شهادة الرقيق نظرا إلى أن الرق أثر الكفر الذى لم يفارقه (الثالث) أن قبول شهادتهم يؤدى إلى الزام الحاكم القضاء بشهادتهم ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ومن هنا لم تقبل شهادته على المسلم بالاجماع وإذا لم يكونوا أهلا للشهادة على المسلم فليسوا أهلا للشهادة مطلقا لأن الأهلية لا تختلف بين شخص وشخص ألا ترى أن العبد لما لم يكن أهلا للشهادة على الحر لم يكن أهلا للشهادة على مثله (الرابع) ان قبول شهادتهم اكرام لهم ورفع لمنزلتهم وقدرهم ورذيلة الكفر تحول بيننا وبين اكرامهم ورفع منزلتهم .

واستدل من أجازها بشرط اتحاد الملة بما رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فانها تجوز على غيرهم . وبأن أهل الملة الواحدة بعضهم يلى على بعض ولا عداوة بينهم ولا بغضاء فجازت شهادتهم فيما بينهم . أما مختلفوا الملل فبينهم من العداوة والبغضاء ما يقطع الولاية ويمنع قبول الشهادة قال تعالى «وقالت اليهود ليست النصارى على شىء

وقالت النصارى ليست اليهود على شىء وهم يتلون الكتاب » وقال «وألقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة » وإذا كان هذا شأنهم فلا تقبل شهادتهم على بعض

واستدل الحنفية « أولا » بقوله تعالى « ومن أهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده إليك » أخبر أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولاريب أن أساس الشهادة صفة الأمانة . وبقوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ثبت الولاية لبعضهم على بعض والولاية أعلى رتبة من الشهادة وغاية الشهادة أن تشبه بها وقد ذكرهم بوصف يعمهم وان اختلفت مللهم و « ثانيا » بأن النبى ﷺ قد حكم بشهادتهم فى الحدود روى مجاهد بن سعيد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهم أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ برجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ ائتونى بأربعة منكم يشهدون . وقد جاء فى القصة أن الرسول سألهم ما تجدون فى أمر هذين فى التوراة فقالوا نجد فيها اذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا رجما . قال فما يمنعكم أن ترجموهما . قالوا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود وشهدوا رجمهما فقد اعتبر النبى شهادتهم أن الحكم كذا فى التوراة واعتبر شهادتهم على الفعل وحكم بناء عليها .

و « ثالثاً » انهم يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات وتقع بينهم الجنايات ولا يحضرهم فى الغالب مسلم ثم يتحاكمون إلينا فلو لم تقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك الى تظلمهم وضياع حقوقهم وفى ذلك فساد كبير لا تقره الشريعة العادلة

أما عدم قبول شهادة الحربى على الذمى وعلى الحربى اذا كان من دار أخرى فلانقطاع الولاية بينهما ولذلك لا يتوارثان . قالوا والذمى من أهل دارنا وهو أعلى حالا من الحربى فتقبل شهادته عليه وعلى الذمى كالمسلم .

والذى يظهر فى هذه المسألة أن شهادة غير المسلمين فيما بينهم كشهادة المسلمين فيما بينهم (أولا) لما تقدم من أدلة الحنفية و (ثانيا) أن الله قد أمرنا بالحكم بينهم اذا ترافعوا الينا والحكم إما باقرار ولاحاجة فيه الى المرافعة وأما ببينة وهم فى الغالب لا تحضرهم بينة من المسلمين فاذا أحضروا وشهدوا مرضيين عندهم واطمأن القاضى الى صدقهم ولم تظهر عليهم امارة الكذب وجب عليه ان يحكم بشهادتهم احياء للحق

وليس الحكم بالنكول أو اليمين بأقوى من الحكم بالشهادة وأما الآيات التى استدل بها المانعون فهى فى الحكم بين المسلمين كما يدل عليه السياق والخطاب ولاتعرض فى شىء من الآيات للحكم على غير المسلمين . وأما آية (والقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة) وآية (وقالت اليهود الخ) فغاية ماتدل عليه أن بينهم عداوة وقد عرف أنها عداوة دينية لاتمنع قبول الشهادة فيما بينهم كالعداوة التى بين فرق هذه الأمة وقد ألبستها شيعا وأحزابا يذوق بعضهم بأس بعض .

وأما أن الله وصفهم بالكذب والفسق فهو منظور فيه إلى العقيدة فهم يدينون بما سماه الله كذبا وفسقا وليس المراد منها مايمنع قبول الشهادة فكم منهم صادق إذا حدث أمين إذا أؤتمن وفى إذا عاهد كيف وهذه أخلاق فاضلة تحث عليها الأديان كلها وتحذر من ضدها وقد سبقت الآية التى وصفهم الله فيها بالأمانة على القنطار

وأما أن العبد لاتقبل شهادته والرق أثر الكفر . الخ فهذا لايلزمنا اذا رجحنا القول بقبول شهادة العبد إذا كان صادقاً مرضيا وهو ما تشهد له أدلة الباب ويقول الحنفية : أنه قياس مع الفارق لأن عدم قبول شهادة العبد لأنه ليس من أهل الولاية أما غير المسلم فهو أهل الولاية على مثله .

وأما أن القول بقبول شهادتهم يؤدى الى إلزام القاضى به فالقاضى ملزم بالقضاء بالحق عند ظهور الحجة الصادقة . وأما أن كفرهم يحول بيننا وبين إكرامهم الذى منه قبول شهادتهم فلا نسلم أن قبول الشهادة من الاكرام الذى يمنعنا منه كفرهم وإنما هو دفع لشر بعضهم عن بعض وسبيل لايصال الحقوق لأصلها بقول من يرضونه ولاشك أن هذا من تمام المصالح التى لاغنى عنها ، على أن الكفر لم يمنع ولاية بعضهم على بعض ولا أن يكون بعضهم حاكما على بعض فلا يمنع أن يكون بعضهم شاهداً على بعض . ولاندرى ماذا صنع المانعون من قبول شهادتهم إذا لم يكن لصاحب الحق منهم شاهد مسلم أظن أنهم لا يستطيعون القول بعدم الحكم بينهم ولعلهم يجيزونها فى تلك الحالة عملا بحق الضرورة على نحو شهادة الطبيب الكافر التى أجازها مالك . وهذا هو تمام ماترى فى هذه المسألة . ولاننسى أن نرشدك إلى أن أهل الحديث قد ضعفوا حديث أبى هريرة الذى استدل به المفصلون بين اتحاد الملة واختلافها — بأن فى رواته ضعيفا وهو عمر بن راشد .

أما المسألة الثانية وهى شهادة غير المسلمين على المسلمين . فمنعها مطلقا أبو حنيفة ومالك والشافعى إلا ما نقل عن مالك من جواز شهادة الطبيب للضرورة وأدلتهم لاتخرج عما سبق فى المسألة الأولى ويزاد هنا أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم قال الله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »

وجوزها الحنابلة فى الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد غيرهم . قال ابن المنذر وبه قال شريح والنخعى والأوزاعى وقضى به ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما : إلا أن منهم من يرى أن ذلك خاص بأهل الكتاب ومنهم من يرى عمومه فى جميع غير المسلمين حتى المجوس وعبدة الأوثان .

واستدل الحنابلة بقوله تعالى فى سورة المائدة (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية قالوا هذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده وقد صح عن ابن عباس أنه قال : ان قوله : أو آخران من غيركم لمن مات وليس عنده أحد من المسلمين فأمر الله عز وجل أن يشهد رجلين من غير المسلمين وصح عن شريح أنه قال ولاتجوز شهادة المشركين على المسلمين الا فى الوصية ولا تجوز فى وصية الا أن يكون مسافراً . وعن سعيد ابن جبير فى قوله أو آخران من غيركم أنه قال إذا كان فى أرض الشرك فأوصى الى رجلين من أهل الكتاب فانهما يحلفان بين العصر وعن الشعبى : من غيركم من اليهود والنصارى . وقضى به ابن مسعود فى زمن عثمان وقضى به أبو موسى الأشعرى فى الكوفة ودرج على ذلك كثير من التابعين وتابعيهم إلى أحمد بن حنبل وغيره من فقهاء أهل الحديث . وقد سلك الجمهور فى هذه الآية مسالك (أحدها) أن المراد بقوله « أو آخران من غيركم » من غير قبيلتكم « ثانيها » ان المراد بالشهادة فيها ايمان الوصى بالله تعالى للورثة لا للشهادة المعروفة .

أما دعوى النسخ فلا تقبل الا بحجة لا معارض لها ولاسبيل اليها على أنه قد صح عن عائشة فيما يرويه جبير بن نفير أنها قالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ . فقلت: نعم . قالت : فانها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه . وصرح بأنه لا منسوخ فى المائدة كثير من السلف كيف

وقد ثبت العمل بمقتضاها بعد الرسول ﷺ .

وأما تأويل « من غيركم » بغير القبيلة فهذا يأباه النظم لأن أول الآية خطاب عام لجميع المؤمنين فغيرهم لا يكون الا من الكفار قطعا وأما حمل الشهادة على الايمان فهو باطل من وجوه « أولا » ان المتعارف من كلمة الشهادة فى القرآن والسنة انما هو الشهادة المعروفة فالحمل على غيرها خروج باللفظ عن ظاهره لغير دليل « ثانياً » ان اليمين لايشترط فيها أن تكون من اثنين ولا من ذوى عدل ولا تنتقل إلى آخرين من الغير ولا يشترط فيها الضرب فى الأرض « ثالثا » انه جعل الايمان فى مقابلة الشهادة بقوله « أو يخافوا أن تردوا أيمان بعد ايمانهم » فلا تكون الشهادة الايمان « رابعا » أن عمل الرسول فى حادثة النزول مما لايدع مجالا للشك فى ان الشهادة فى الآية هى الشهادة المعروفة . فبهذا وبما فى الآية من وجوه ومعانى أخرى لاسبيل الى حمل الشهادة فيها على الإيمان .

فالحق أن الآية محكمة وأن حكمها شرع دائم وأن شهادة المسلمين جائزة مقبولة فى الوصية اذا كان المسلم على سفر ولم يجد أحداً من المسلمين وقد قال ابن القيم : قال شيخنا وقول الامام أحمد فى قبول شهادتهم فى هذا الموضع هو ضرورة يقتضى هذا التعليل قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفرا . وقد علمت قول مالك فى قبول شهادة الطبيب الكافر للضرورة وقد نقل فى الدر عن الاشباه أن شهادة غير المسلم قد تقبل على المسلم بطريق التعبئة أو الضرورة ومثل للشهادة التبعية بشهادة الذميين على ذمى موكله مسلم وللضرورة بشهادتهما على ذمى أنه أوصى الى ذمى وأحضر مسلما عليه حق للميت وبشهادة نصرانيين ان هذا النصرانى ابن الميت فادعى هذا الابن على مسلم حقا لمورثه النصرانى ففى المثال الأول تقبل الشهادة على الوكيل قصدا وعلى الموكل المسلم ضمنا وفى الآخرين تقبل على الايصـــاء فى أولها وعلى النسب فى ثانيهما . ووجهه فى الدرر بأن المسلمين لايحضرون موت النصارى عادة والوصية تكون عند الموت غالبا . وسبب ثبوت النسب النكاح والمسلمون لايحضرون أنكحتهم كذلك فلو لم تقبل شهادة النصارى على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت وفى النسب الذى بناؤه على النكاح لأدى ذلك الى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء والنسب فقبلت للضرورة وقال عبد الحليم فى حاشيته على الدرر وفى هذا اشارة الى حادثة

الفتوى وهى ذمية أسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه شرعى قبلت شهادة أهل الذمة بثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم ولا يخفى أن مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف جواز نكاح المسلم للكتابية بشهادة كتابيين وأن الفتوى عليه . ومن هنا يتبين أن مبدأ قبول شهادتهم مقرر عند الحنابلة والحنفية والمالكية الا أنهم قيدوا ذلك بالضرورة .

وقد يجد الناظر إذا أمعن النظر أولا فى مقتضى إباحة التعامل معهم والاختلاط بهم وحل طعامهم و (ثانيا) فى مورد قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) انه غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء وانما هو سبيل العزة والقهر والغلب و (ثالثا) فى أن المطلوب فى الحكم انما هو البينة التى تكشف الحق وتوضح جانبه وان هذا يعتمد ظهور الصدق والامانة فى الشاهد لا غير و (رابعا) فى الآيات التى عرضت للشاهدين وانها للاستشهاد عند المعاملة وارشـــاد لاختيار الأفضل فى الاستيثاق وليست للشهادة عند الحكم ـ قد يجد الناظر اذا أمعن فى كل ذلك أنه لادليل يمنع من قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فيما جرت العادة بوقوعه فيما بينهم من معاملات وجنايات وأنه لايشترط فى الشاهد أكثر من أن يكون مرضيا ذا عدالة فى قوله وهذا لا يمتنع أن يكون فى غير المسلمين .

وإذا وصلت الى هذه النتيجة وجب عليك أن تتساءل عن السبب فى أن جمهور الأئمة ذهب الى القول بمنع قبول شهادتهم على المسلمين ، ولعلك اذا بحثت عرفت أنه من قبيل تحكم الظروف والأوقات الخاصة وليس من تحكم الأدلة والبراهين والله أعلم بما فى شرعه من تسامح وحرص على الحقوق والمصالح .

القضاء بالقرائن

اتفق العلماء على أنه لا يسوغ للقاضى أن يحكم الا اذا قامت لديه الحجة التى تثبت الحق واتفقوا أيضا على أن الاقرار والشهادة واليمين والنكول حجج شرعية يعتمدها القاضى فى قضائه ويعول عليها فى حكمه . ولكنهم فى الحكم بالقرينة . وهى الامارة التى يفهمها القاضى مقارنة للحق دالة عليه .

والناظر فى كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على الأخذ بالقرينة فى الجملة ولكنهم يختلفون فى تفصيل القرائن ، وفى نوع الحق الذى يصح أن يعتمد فيه على القرينة .

والذى يؤخذ من كتب الحنفية أنهم يعملون بالقرائن فى حقوق العباد ولا يعملون بها فى القصاص والحدود . وعلى الأول اعتبروا سكوت البكر أوضحكها قرينة على الرضا . وقبض الهبة والصدقة بحضرة المالك مع سكوته إذنا بالقبض . ووضع اليد والتصرف قرينة على ثبوت الملكية . وقبول التهنئة فى ولادة المولود أيام التهنئة المعتادة قرينة على ثبوت النسب منه . واعتبروا علامة الكنز وقالوا ان كانت دالة على الإسلام كانت لقطة وان كانت دالة على الكفر ففيه الخمس وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى تجدها فى كتب الدعاوى وكتاب الخنثى . والذبائح وغيرها غير أنهم أهدروا الاعتماد على الأوصاف وقالوا انها تتشابه فليست طريقا لمعرفة الحق كما تجد ذلك فى اللقطة حيث قالوا لاتعطى إلا لمن أقام بينة أنها ملكه .

وعلى الثانى لم يحكموا بالقصاص على من وجد بيده سكين وبجواره قتيل يتشحط فى دمه لاحتمال أنه قتل نفسه . وقد وجد ذلك الذى يحمل السكين بجواره مصادفة .

ولم يحكموا بالحد على من وجدت حبلى ولازوج لها ولاسيد لاحتمال إكراهها أو علوقها بغير الزنى ولا على من يشم منه رائحة الخمر أو تقايأها . لاحتمال أنه شربها ولم يعلم أنها خمر . أو إكراهه . ولا على من وجد المسروق فى بيته . لاحتمال أنه وصل اليه عن طريق شرعى أو أن غيره خبأه فيه .

وقد أهدروا القرائن فى هذه الأنواع للاحتياط الواجب فى الدماء والحدود « ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » .

غير أن ابن الغرس قال فى كتابه الفواكه البدرية . والحجة اما البينة اوالاقرار أو اليمين أو القسامة . أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصير فى حيز المقطوع به وقد قالوا لو ظهر انسان من دار ومعه سكين فى يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار فى ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها انسانا مذبوحا لوقته وهو متلطخ بدمائه ولم يكن فى الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة إنه يؤخذ به إذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله والقول بأن أحدا ذبحه أو ان احدا غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب احتمال بعيد لايلتفت اليه : قال صاحب البحر . وزاد ابن الغرس سادسا لم أره إلى الآن لغيره . وقال الخير الرملى لاشك أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغى التعويل عليه ما لم يعضده النقل من

كتاب يعتمد فلا تغتر به وهكذا أخذ الحنفية يردون على ابن الغرس زيادة القرائن في طرق الحكم ويقولون إنه أتى به من عند نفسه مع أن سوقه حادثة القتيل يدل على أنه ناقل لا مبتكر .

وعلى العموم فالحنفية يرون أنه لا يعمل بالقرائن أصلا فى الحدود والقصاص وأنه لا يعمل بما يتشابه به منها فى حقوق العباد .

ويقرب من مذهب الحنفية مذهب الشافعية فانهم عملوا بالقرائن فى مواضع كثيرة . قال ابن القيم فى أعلام الموقعين . الشافعى اعتبر القرائن فى أكثر من مائة موضع . ثم حكى جملة مسائل مما اعتبر فيه الشافعية القرائن كغيرهم . غير أنهم اعتبروا اللوث فى القسامة موجباً الدية . ولم يره الحنفية كذلك أما المالكية فقد عملوا بها فى الدماء والأموال والحدود وسائر الأحوال .

جاء فى الشرح الكبير . لو رأى العدل المقتول يتشحط فى دمه والمتهم قربه وعليه آثار دم القتيل وشهد العدل بذلك فلوث فيقسم الاولياء معه ويستحقون الدم أو الدية فى العمد أو الخطأ .

وجاء فى قوانين ابن جزى وهو بعد الحجة . أو معرفة العفاص والوكاء فى اللقطة أو لوث مع القسامة فى الدماء .

وقالوا بوجوب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو تقايأها .

وعلى العموم فمصنفات المالكية مملوءة بالنص على الأخذ بالقرائن وشواهد الأحوال لا فرق عندهم بين الأموال والدماء .

أما الحنابلة فهم أحرص الناس على الأخذ بالسنة وقد ورد فيها كثير من الوقائع الشاهدة باعتبار القرائن . فلذلك ترى كتبهم أيضا تزخر بتحكيم القرائن واعتبارها .

وقد جاء فى أعلام الموقعين : يؤخذ بالقرائن وشواهد الأحوال فى التهم فيقام الحد بالرائحة والقىء كما اتفق عليه الصحابة . ويقام حد الزنى بالحبل كما نص عليه عمر . وذهب اليه فقهاء المدينة وأحمد فى ظاهر مذهبه وكذا الصحيح يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده اﻫ .

والخلاصة أن أوسع المذاهب فى الأخذ بالقرائن المالكية والحنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية .

ولعل الحنفية ومن حذا حذوهم فى تضييق العمل بالقرائن يرون أنها تختلف قوة وضعفا وأنها ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة فلا يثبت بها حكم خصوصا فى الدماء والحدود التى تندرىء بالشبهة ويجب فيها الاحتياط .

وكثيراً ما تبدو القرائن قاطعة فلا تلبث أن تهن وتضعف حتى يتلاشى أمرها ويظهر الواقع على خلافها .

والذى يظهر أنه لا مطمع فى الوصول إلى الحق فى الواقع بيقين فى أكثر الوقائع ولا يتوقف الحكم عليه وإلا اضاعت أكثر الحقوق فان أقوى الحجج الشرعية فيما يرى العلماء الاقرار والشهادة . وقد أرشدتنا الحوادث إلى ان كثيراً من الاقرارات مايقع تحت رغبة أو رهبة ولايمثل الواقع بحال وان كثيراً من الشهود يبدو صدقهم ولايرى عليهم أثر الباطل والزور ثم تسفر الحقيقة عن كذبهم الفاضح . فليس ما يعترى القرينة من احتمال الضعف بأكثر ولا بأقوى مما يعترى الشهادة والإقرار ولقد توصل العلماء إلى قرائن قطعية لايعتريها شك ولايقدم عليها فى وضوح دلالتها وصدقها إقرار ولاشهادة .

وقد أفاض ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية فى هذا المقام . بما لايدع مجالا للشك فى الأخذ بالقرائن والتعويل عليها قال . لايجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعد ما تبين وظهرت اماراته بقول أحد من الناس والمقصود أن البينة فى الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهى تارة أربعة شهود إلى أن قال وتكون شاهدا الحال فى الصور التى ذكرناها وغيرها فقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى — أى عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه فاذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له ، ثم قال ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والامارات ، فاذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرار ، وقال والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس فى الامارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده والقرائن الحالية والمقالية أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحسبما يعلم الناس بطلانه .

ثم ذكر وقائع كثيرة حكم فيها القرآن والسنة بمقتضى القرائن وجرى عليه عمل الصحابة والتابعين .

فمن ذلك قميص يوسف فى حادثتى إخوته وامرأة العزيز ، ومن ذلك من حكم سليمان

بين المرأتين اللتين ادعتا الولد إذ قالا تأتونى بالسكين أشقه بينكما نصفين فقالت الصغرى وقد حكم داود للكبرى لاتفعل رحمك الله هو ابنها . فقضى للصغرى معولا على قرينة الشفقة .

وإن من يتبع المأثور عن القضاة فى جميع العصور من مواقع الحكم بالقرائن لايرتاب فى أن الأخذ بالقرائن والاعتماد عليها فى جميع الحقوق هو الأصل الذى تدعو اليه الشريعة ويتفق مع غرض الشارع من إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أربابها وإخلاء العالم عن الفساد .

هذا وقد درجت الدولة العثمانية على الأخذ بالقرائن واشتملت مجلة الأحكام العدلية على نصوص خاصة بها مادة ١٧٤١ و ١٧٤٢

وأخذت به محاكمنا الشرعية فجاء فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١ المادة ١٢٣ الأدلة الشرعية هى مايدل عن الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة .

وبعد هذا يتبين لك أن الأخذ بالقرائن فى الأحكام ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة إسلامية جاء بها كتاب الله وقررته السنة ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم فى جميع العصور ، وإن رمى الشريعة بالقصور أو الجمود ناشىء عن الجهل بها وعدم الاطلاع على كنوزها ، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع وكل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته فى كتب الفقه الإسلامى لاينقصه إلا الأسماء الجديدة .

الحجر بالسفه والدين

الحجر هو المنع من نفاذ التصرفات القولية وقد اتفق العلماء على أنه مشروع وعلى أنه قد يكون لحق الغير كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق الورثة وعلى العبد والمكاتب لحق السيد وعلى الراهن فى الرهن لحق المرتهن وعلى المرتد لحق المسلمين وقد يكون لحق نفسه كالحجر على الصبى والمجنون .

واختلفوا بعد ذلك فى الحجر بأسباب أخرى بعضها من النوع الأول كالحجر بسبب الدين لحق الغرماء وبعضها من النوع الثانى كالحجر على السفيه والحجر بهذين السببين هو موضوع المقارنة ولنفرد كلا منهما ببحث على حده .

الحجر بالسفه

السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو فى وجوه الخير والبر .

وقد أجمع العلماء على أن الحر إذا بلغ سفيها لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما الآية) ولكن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر حقيقة الرشد بل اعتبر مظنته فى تسليم المال وقدرها بخمس وعشرين سنة واعتبر غيره حقيقة الرشد وعليه فأبو حنيفة يسلمه المال إذا بلغ هذه السن ولو لم يرشد وعامة العلماء على أنه لا يسلم اليه ماله حتى يرشد ولو بلغ مائة سنة .

هذا حكم تسليم المال اليه . أما حكم تصرفات السفيه فاختلفوا فيه على أقوال

فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا حجر عليه فى تصرف ما . سواء أكان مما ينعقد مع الهزل كالطلاق والعتاق أم لا كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وسواء أكان المقصود فيه المال أم لا .

وذهب الأئمة الثلاثة والصاحبان من الحنفية إلى الحجر عليه فى الجملة .

ولكن اختلفوا فى مدى ذلك الحجر فقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه فى التصرفات التى تحتمل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة أما التصرفات التى تصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق .

والعتاق والاقرار بالعقوبات فانه لا يحجر عليه فيها .

وقال الأئمة الثلاثة . لا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا إعتاق ولا هبة ولا نكاح . من كل تصرف يقصد المال فيه أو يجب به . أما طلاقه وخلعه وظهاره فصحيح نافذ .

وسنقتصر هنا على المقارنة بين رأى من يرى الحجر ومن لا يراه تاركين تفصيل القول فيما ينفذ من تصرفاته وما لا ينفذ . وما يؤثر فيه إذن الولى وما لا يؤثر . واحتياج الحجر عليه وفكه عنه إلى حكم حاكم أو عدم احتياجه إلى كتب الفقه فى المذاهب فارجع لليه إن شئت .

الأدلة

استدل أبى حنيفة بالكتاب والسنة ودلالة الاجماع والمعقول .

أما الكتاب . فعمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين . من نحو قوله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قالوا دلت الآيات على مشروعية هذه التصرفات من غير تخصيص . والحجر على بعض المكلفين يناقض المشروعية بالنسبة اليه .

وأما السنة فما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يغبن فى البيوع فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه .

وأما دلالة الاجماع . فهى أن السفيه إذا طلق أو أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح طلاقه وإقراره إجماعا . ولو كان محجورا عليه لم تصح تصرفاته فى شيء ما لسلب ولايته . قالوا واذا صح تصرفه فى النفس وهى الأصل وجب أن يصح تصرفه فى المال وهو التبع بالطريق الاولى .

وأما المعقول فالسفيه عاقل حر مخاطب تصرف فى خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه كالرشيد وآية ذلك أن الشارع لم يرفع عنه التكاليف ولم يهدر تصرفه فيما يتصل بنفسه فدل ذلك على أن الشارع لا يعامله معاملة المعتوه والصبى كيف والحجر عليه مع كونه حراً مخاطبا إهدار لآدميته التى اعتبرها وبنى عليها خطابه وتكليفه . نعم التبذير ضرر ولكن إهدار الآدمية أشد ضرراً منه . ومن أصولهم . ان الضرر الأعلى لا يرتكب لدفع الأدنى وأما الحجر على المفتى الماجن وهو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها . والمكارى المفلس . والطبيب الجاهل . فلدفع الضرر العام الذى يصيب الناس فى دينهم وأموالهم وأبدانهم . على انه كما قال صاحب البدائع . ليس حجرا شرعيا يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جاز ولو قبله وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه وإنما هو الحقيقة منع حسى من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا من باب الحجر الشرعى .

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى من آية المداينة (فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) جعل له وليا فدل على أنه مولى عليه ولايكون ذلك إلا بعد الحجر عليه .

أما السنة . فما رواه الشافعى عن محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن هشام بن عروة عن أبيه . وأخرجه أيضا عن البيهقى عن عروة قال ابتاع عبد الله بن جعفر بيعا ، فقال على رضى الله عنه لآتين عثمان فلأحجرن عليك فاعلم ذلك ابن جعفر الزبير فقال أنا شريكك فى بيعتك فأتى عثمان رضى الله عنهما وسأله الحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه . فقال عثمان احجر على رجل شريكه الزبير وقد كان عبد الله اشترى أرضا سبخة بستين ألف درهم — دلت القصة على مشروعية الحجر على السفيه . من وجوه ثلاثة سؤال على الحجر وعدم انكار الصحابة عليه فى ذلك . وجواب عثمان له بأنه لا يحجر على من كان شريكه الزبير فلو كان غير مشروع لما سأله على ولأنكر عليه الأصحاب ولكان جواب عثمان أن الحجر غير مشروع . ولما احتال الزبير فى دفع الحجر عنه بشركته فى بيعه .

وجاء فى الزيلعى أن عائشة رضى الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روى أنه كان لها رباع فهمت ببيعها للتصدق بثمنها فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لأنهين عائشة أو لأحجرن عليها .

وقد استدل على جواز الحجر على السفيه برده ﷺ . صدقة الرجل الذى تصدق بأحد ثوبيه كما أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذى وغيره وبرده عتق من أعتق عبدا له عن دبر ولا مال له غيره . وترجم عليه البخارى . باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الامام .

أما المعقول فهو أن التصرفات شرعت لمصالح العباد وليس من المصلحة أن يمكن منها من لايهتدى إلى وجوهها النافعة ويجر بسوء تصرفه على نفسه المضرة والمفسدة ولهذا رأينا الشارع يحجر على الصبى لأن الصبا مظنة السفه وعدم الاهتداء إلى التمييز بين الضار والنافع فلأن يحجر على من تيقن سفهه أحرى وأولى ولهذا منع الشارع منه المال وغياه بإيناس الرشد قال تعالى . (ولا تؤتوا السفهاء

أموالكم التي جعل الله لكم قياما . الآية) قالوا ومنع المال مع القول بنفاذ التصرف لا يفيد لأن ما منع من يده يتلفه بلسانه فكان الحجر عليه انظر له .

هذه أدلة الفريقين وقد انتصرت كتب الحنفية لمذهب الامام وأخذت تناقش أدلة الجمهور بمناقشات حاولت بها أن تضعف من شأنها وأكثرهم محاولة فى التخلص من أدلة الجمهور الزيلعى فى كتابه تبيين الحقائق والناظر فى هذه المناقشات لايكاد يجد فيها شيئا ذا نفع أو غناء فحادثة عبد الله بن جعفر لامدفع لدلالتها على مشروعية الحجر ولا يرتاب انسان فى أن السفه مضيعة للمال وأن حفظ المال من المقاصد الضرورية الشرعية وأن الحجر على السفهاء سبيل متعين لذلك الحفظ وأما حديث اهدار الآدمية فاعتبار ملغى بنص الشارع على منع السفهاء أموالهم والأمر برزقهم وكسوتهم فيها ولا يبعد أن يكون فى الحجر عليهم اصلاح لهم وسبيل إرجاعهم عن سفههم وأما العمومات التى ذكرت فى الاستدلال لأبى حنيفة فلا تنهض حجة لاثبات المطلوب لأنها جاءت لاثبات أصل مشروعية هذه التصرفات غير متعرضة لبيان من له أهلية تلك التصرفات فلا تقوى على معارضة النصوص الخاصة التى وردت بمنع فاقدى الأهلية من مباشرتها وأما حديث منقذ بن حبان فلا دلالة فيه أيضا لأنه لم يبلغ الأمر به حدا يوجب الحجر وغايته أنه جاء يطلب من النبي ﷺ مخلصا من البياعات التى يغبن فيها أحيانا فهداه النبي ﷺ إلى اشتراط الخيار . إذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وأما اتفاقهم على جواز طلاقه وإقراره بالحد والقصاص فلا يلزم منه عدم الحجر عليه فى التصرفات المالية . لأن المعنى الموجب للحجر لايتصل بها . ولأن النفس ليست مظنة الاسراف والتفريط فلا يلحق بها غيرها .

هذا وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية على قول الجمهور باعتباره أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . قال صاحب التنوير وبقولهما يفتى وصرح بذلك قاضيخان وصاحب المنح . اه

الحجر بالدين

متى لزم الانسان ديون حالة لايفى ماله بها وطلب غرماؤه الحجر عليه اختلف

العلماء فيه . فذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى عدم إجابتهم فى الحجر عليه . وإلى أنه لايملك الحاكم بيع ماله جبرا عليه . وإنما يحبسه حتى يقضى دينه بأى طريق كان إن شاء ببيع ماله ويقتسمه الغرماء بالحصص . وإن شاء بطريق آخر .

وذهب الأئمة الثلاثة ووافقهم أبو يوسف ومحمد إلى أن القاضى يحجر عليه ويمنعه من التصرفات الضارة بالغرماء كالاقرار والبيع بأقل من القيمة . وللقاضى أن يبيع ماله ان امتنع من بيعه ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص .

* * *

استدل أبو حنيفة بأن فى الحجر إهدار آدميته فلا يرتكب لدفع ضرر خاص أدنى منه وبأن التراضى شرط فى البيع بالنص ولم يوجد الرضا ببيع الحاكم فيكون باطلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه وقال بقياس البيع على الاجارة والنكاح . فكما لا يملك الحاكم اجارته ولا تزويجها ليقضى دينه من اجرته ودينها من مهرها فكذلك لايملك البيع . وليس البيع متعينا طريقا للقضاء لأنه ممكن بوجوه أخر كالاستقراض والانهاب والسؤال . والحبس سبيل إلى قضاء الدين ودفع الضرر عن الغرماء .

واستدل الجمهور . بما رواه الدار قطنى عن كعب بن مالك . أن النبى ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه . وفى رواية أخرى كان معاذ بن جبل شابا سخيا . وكان لايمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله فى الدين فأتى النبى ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لأجل رسول الله فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ بغير شىء

قالوا : ولأن فى الحجر عليه نظرا للغرماء كيلا يلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من عظيم لايمكن أن ينتزع منه ثم ننتفع به من جهته ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع قام القاضى مقامه كما فى الجب والعنة والاباء عن الاسـلام ولأنه إذا ثبت من الشرع الحجر على المريض لحق الورثة فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لحق الغرماء .

هذه أدلة الفريقين . ويتضح بقليل من النظر قوة حجج الجمهور وليس بعسير بعد مناقشة أدلة الامام فى الحجر بالسفه مناقشة أدلته فى هذا المقام .

فقياس البيع على الاجارة والتزويج قياس مع الفارق لان الحر ليس بمال ،

ولا النكاح لم يشرع سبيلا لتحصيل الاموال ووفاء الديون . والانهاب وأخواته طرق موهومة لا تتفق لكثير من الناس فى كثير من الاحيان فلا يتعلق بها قضاء الواجب الثابت حقا للعباد هذا وقد نص فى الاختيار على ان الفتوى بقول الصاحبين وهو قول الجمهور

انتفاع المرتهن بالمرهون

أجمع العلماء على ان الرهن مشروع للاستيثاق بالدين . ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا الاستيثاق فرأى الحنفية أنه بالحبس الدائم تحت يد المرتهن الى أن يستوفى دينه ورأى الشافعية أنه بمجرد تعليق الدين بالعين المرهونة استيفاء منها بالبيع وصيرورة المرتهن أولى بالرهن بحيث يقدم على سائر الغرماء . وعلى هذا الاصل قال الحنفية ووافقهم الثورى . ليس الراهن أن ينتفع بالرهن بوجه من وجوه الانتفاع . وليس له أن يتصرف فيه أى تصرف الا اذا أذن له المرتهن وعندئذ يخرج من الرهن اذا فات الحبس .

وقال الشافعى وأحمد ومالك وابن أبى ليلى وابن المنذر الراهن اجارته واعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وله التصرف فيه بما لا ينقصه أو يخرجه عن الملك . وكما نفرع على الخلاف فى الاصل السابق الخلاف فى حكم انتفاع الراهن بالرهن كما رأيت تفرع عليه أيضا اختلافهم فى أمور أخرى كجواز الاسترداد الى الراهن وعدمه وكسريان حكم الرهن الى الولد : وكجواز رهن المشاع وعدمه . والكلام فى الموازنه بين الرأيين واستيفاء ما يتعلق بهما ليس مما يتناوله موضوعنا الذى ينحصر كما جاء فى المنهاج فى انتفاع المرتهن بالرهن . ومن المهم ألا يحرم طالب الفقه نفسه من الوقوف على وجهة نظر الفريقين فى هذا الموضوع الحيوى .

أما حكم انتفاع المرتهن بالرهن . فينبغى أن يعلم أولا أن الرهن ليس عقد تمليك عين ولا منفعة عند أحد من العلماء . وانما المستحق به الحبس أو حق الاختصاص على الرأيين المتقدمين . وعلى هذا وقع إجماعهم على أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن وان المرتهن لا يملك الانتفاع بشىء من الرهن فيما إذا لم يأذن له الراهن . ولم يكن الرهن مركوبا ولا محلوبا . أما اذا أذن له الراهن أو كان الرهن مركوبا أو محلوبا فهو موضع تفصيل واختلاف بين العلماء واليك البيان .

جاء فى معتبرات كتب الحنفية . ان اذن الراهن يبيح المرتهن أن ينتفع بالرهن

سواء شرط الانتفاع فى صلب العقد أم لا . وقيل لايحل له الانتفاع إن شرطه فى العقد لأنه قرض فيه منفعة . ونقل صاحب المنح عن عبدالله محمد بن أسلم السمرقندى أنه لايحل للمرتهن أن ينتفع بشىء من الرهن بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن لأنه إذن له فى الربا لانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فيكون ربا. وهذا أمر عظيم وإذا لاحظنا أن المعروف عرفا كالمشروط وأن الناس انما يريدون الانتفاع عند الدفع ولولاه لامتنعوا عنه . ظهر ألا فارق بين القولين الآخرين وأنهما متفقان على المنع فى مثل زماننا هذا .

وقال أحمد والشافعى أن الراهن إذا اذن للمرتهن فى الانتفاع وكان دين الرهن قرضا لايجوز لانه قرض يجر نفعاً . وإذا كان دينا غير القرض جاز وقيد مالك الجواز فى الحالة الثانية بما اذا كان الاذن فى صلب العقد وكانت مدة المنفعة معلومة قال فى متن خليل وشرحه وجاز للمرتهن شرط منفعته أى الرهن لنفسه مجانا بشرطين أشار للأول بقوله أن عينت مدتها للخروج من الجهالة فى الاجارة وللثانى بقوله وكان ببيع أى واقعا فى عقد بيع لافى عقد قرض لانه فى البيع بيع وإجارة وهو جائز وفى القرض سلف جر نفعا وهو لا يجوز .

أما إذا لم يأذن الراهن وكان المرهون مركوبا أومحلوبا فالجمهور على أنه لايحل له الانتفاع أصلا : وذهب أحمد واسحاق والليث والحسن وجماعة الى أنه يجوز الانتفاع بهما ركوبا وحلبا بقدر النفقة عليهما .

استدل الجمهور بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ (لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه) جعل الشارع الغنم والغرم للراهن فلايملك المرتهن شيئا منه الا باذنه . وقالوا قد اتفق العلماء على انه لا ملك للمرتهن فيه فهو والاجنبى فيه سواء .

واستدل الحنابلة بما روى البخاري وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة

(قال : قال رسول الله ﷺ الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة) .

جعل منفعة الرهن بنفقته وهو عين محل النزاع فلا يقال ان المراد به الراهن ينفق وينتفع لان انتفاع الراهن بحق الملك لابطريق المعارضة بين النفقة والانتفاع كما هو نص الحديث . على أنه قد جاء فى بعض الروايات اذا كانت الدابة مرهونة

فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته .

وقد ناقش الجمهور استدلال الحنابلة بهذا الحديث حتى قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لايختلف فى صحتها لحديث ابن عمر عند البخارى وغيره لاتحلب ماشية امرىء بغير إذنه ولا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه وقالوا إن هذا الحديث يخالف القياس من وجهين تجويز الانتفاع لغير المالك بغير إذنه والتضمين بالنفقة لا بالقيمة .

قال الشوكانى إن حديث الجمهور مختلف فى وصله وإرساله ورفعه ووقفه وذلك يوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما فى صحيح البخارى وغيره من حديث الظهر يركب الخ وقال إن السنة الصحيحة من الأصول المجمع عليها فلاترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع ، وحديث ابن عمر عام وحديث الظهر خاص فيبنى العام على الخاص والنسخ لايثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لابمجرد الاحتمال مع الإمكان . اه على أن الحنابلة يقولون بموجب حديث الجمهور كما قال ابن قدامة فى المغنى ان النماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفه إلى النفقة لثبوت يده عليه وولايته .

هذا وقد اختلف الحنابلة فى غير المحلوب والمركوب هل يجوز للمرتهن أن ينفق عليه وينتفع به . فظاهر المذهب المنع مطلقا . ونقل حنبل عن أحمد أن له ذلك فى الحيوان لافى غيره وقال أبو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لاينتفع من الرهن بشىء الا ماخصه الشرع به فان القياس يقتضى ألا ينتفع بشىء منه وقد تركناه فى المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

هذا والناظر فيما تقدم يتضح له رجحان مذهب أحمد فى هذه المسألة أما انتفاع الراهن فانه اذا لوحظ أنه لايجوز انتفاع المرتهن بشىء من الرهن وقلنا انه لايجوز انتفاع الراهن أيضا كما ذهب اليه الحنفية والثورى كان ذلك تعطيلا للرهن وتضييعا للمال . وقد نهى النبى ﷺ عن اضاعة المال ولايقتضى الاستيثاق بحبس الرهن منع الانتفاع به من الراهن لأن المستأجر يكون نائبا عن المرتهن فى الامساك والحبس ومستوفيا لمنفعته بنفسه ولا يتنافى عقد الإجارة مع كونه رهنا وبهذا يتبين رجحان مذهب الجمهور فى انتفاع الراهن حتى لا يكون الرهن معطلا اذا لم يتفق لمتراهنان والله أعلم .

اختلاف الدارين فى الميراث

اتفق العلماء على أن الكافر لايرث المسلم . وكذلك اتفقوا على أن المسلم لا يرث الكافر إلا فيما يروى عن عمر ومعاذ ومعاوية من أنه يرثه قال صاحب المغنى : وليس بموثوق به عنهم فان أحمد قال ليس بين الناس اختلاف فى أن المسلم لايرث الكافر . والذى عليه العمل وعامة الفقهاء أن اختلاف الدين بالاسلام والكفر يمنع الإرث من الجانبين . وكذلك اتفقوا على أن أهل الملة الواحدة من الكفار يرث بعضهم من بعض إذا اتحدت دارهم .

واختلفوا فى موضعين أحدهما اذا اختلفت مللهم والثانى اذا اختلفت دارهم

ففى الأول ذهب أبو حنيفة والشافعى وداود إلا أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . وذهب أحمد وهو رواية عن مالك إلى أن الكفر ملل مختلفة ولا يتوارث أهل ملتين شتى وندع تفصيل القول فى هذا منتقلين إلى موضوع المقارنة وهو الثانى .

وذهب أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين مانع من التوارث بين الكفار ويجدر بنا أولا أن نبين مابه يختلف الدار .

جاء فى السراجية وشرحها للسيد الشريف . والدار إنما تختلف باختلاف المنعة أى العسكر واختلاف الملك لانقطاع العصمة فيما بينهم كأن يكون مثلا أحد الملكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك وله دار ومنعة أخرى وانقطعت الصلة فيما بينهما حتى يستحل كل واحد منهما قتال الآخر وإذا ظفر رجل من عسكر أحدهما برجل من عسكر الآخر قتله فهاتان الداران مختلفتان .

ويتبين من هذا أن اختلاف الدار لايتحقق إلا بأمور ثلاث . اختلاف الملك . اختلاف المنعة . انقطاع العصمة . وأن انقطاع العصمة يكون باستحلال كل من الجيشين قتال الآخر .

قالوا : واختلاف الدارين لا يكون مانعاً من التوارث بين المسلمين لأن الاسلام يجمعهم وهو داع الى التعاون والتناصر . والاختلاف بين المسلمين فى المنعة . وانقطاع العصمة طارىء لايلبث أن يزول بالتفافهم حول راية الإسلام ورجوعهم إلى كلمة الحق ، وبذلك لاتنقطع الولاية الثابتة بالإسلام (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) .

وبناء على ماتقدم قالوا بالتوارث بين أهل البغى وأهل العدل وإن اختلفت المنعة والملك . وقالوا لا يرث ذمى فى دار الاسلام قريبه الحربى الذى مات فى دار الحرب لأن الذمى من أهل دار الاسلام والحربى من أهل دار الحرب فالداران مختلفان حقيقة . وكذلك لا يتوارثان إذا كان الحربى قد دخل دار الاسلام بأمان لانهما وإن كانا فى دار واحدة حقيقة وهى دار الاسلام إلا أن المستأمن له حكم دار الحرب لتمكنه من الرجوع اليها . فدارهما مختلفة حكما وكذلك الحربيان من دارين مختلفين يدخلان دار الاسلام بأمان فيموت أحدهما لا يرثه الآخر لانهما مختلفا الدار حكما . وكذلك لو ظل كل منهما فى داره ومات أحدهما لايرثه الآخر لاختلاف دارهما حقيقة .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن اختلاف الدار ليس بمانع من الميراث وعن هذا قالوا يرث أهل الحرب بعضهم بعضا وان اختلفت ديارهم .

احتج الحنفية بأن الارث مبنى على الولاية والنصرة والتعاون . وهى تنعدم باختلاف الدار فلا توارث حينئذ . ولا نعلم لهم حجة غير هذا .

قال صاحب المغنى ولا نعلم فى هذا كله حجة من كتاب" ولا سنة .

وأما الجمهور فقد استدلوا بأن العمومات الواردة فى الميراث تقتضى توارثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعموم النصوص.

هذا والناظر فى كلام الحنفية يتبين لهم أنهم لا يريدون من اختلاف الدارين المانع من الميراث مجرد اختلاف الجنسية كالمصرية والانجليزية . والالمانية والإيطالية حتى يكون الحكم عندهم عدم التوارث بين الانجليزى والفرنسى وسائر أفراد الامم المختلفة وإنما يريدون منه معنى أخص من الجنسية هو ما تدل عليه الاركان الثلاثة التى لابد منها فى تحقق اختلاف الدار . ولا ريب أن تحقق هذه الاركان مرهون بحالة الحرب فقط . أما فى حالة السلم فليس بين الدول إلا التعاون وتبادل المنافع . وكثيرا مايكون بين بعضها محالفات ومعاهدات تنص على التناصر واحترام كل منهما حقوق الاخرى وقوانينها : ولا يمكن مع هذا أن يقال أن بين هذه الامم انقطاع عصمة فتنقطع الولاية فيمنع التوارث الذى يتحقق سببه .

ولاشك أن حالة الحرب من الحالات الطارئة . والتى تقضى الانسانية المشتركة بالمسارعة الى تلافيها والرجوع بالناس الى مبدأ السلم العام . فليست دائمة بين الامم

حتى يناط بها حكم الميراث المبنى على القرابة والصلة الثابتة وقد ألغى الشارع مثل هذه الحالة الطارئة فيما بين المسلمين لان حكم الاسلام عام يرد المسلمين الى حظيرة واحدة . فكذلك حاجة الناس كافة الى السلم ونفرتهم من الحرب وما يتصل بهذا من المعاهدات التى تربط الامم كل هذا يجعل مختلفى الجنسيات كأمة واحدة وهذا هو الذى نراه اليوم بين الدول وأفرادها فالامان سائد والحقوق محفوظة والدماء محقونة والاموال معصومة فلا سبيل الى القول بانقطاع الولاية بينهم واعتبار حالات الحرب الطارئة أساساً لحكم عام .

وإذا علمت أن الشارع رعى العهود والمواثيق الى حد أن قال فى شأن المؤمنين الذين كانوا مقيمين بين الكفار (وان استنصروكم فى الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) لاتتردد فى أنه لا يرى اختلاف الدار مانعاً من الميراث فى زمن اعتمدت الامم جميعاً فى شئونها الاجتماعية والسياسية والتجارية على نصوص المعاهدات والقوانين الدولية العامة والخاصة

ومن هنا يظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح الذى ينبغى أن يكون عليه العمل فى الميراث .

هذا وقد اخذت لجنة الاحوال الشخصية (المشكلة فى سنة ١٩٣٧ للنظر فى تعديل قانون الاحوال الشخصية) أن اختلاف الدارين غير مانع من الارث فقد جاء فى المادة السادسة فى مشروعها اختلاف الدارين غير مانع من الارث مالم تكن شريعة البلد الذى يتبعه الاجنبى غير المسلم مانعة من ارث الاجنبى .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية مانصه .

اختلاف الدارين غير مانع من الارث فيما بين المسلمين بالاتفاق .

واختلف الائمة فى أنه مانع من موانع الارث بالنسبة لغير المسلمين فذهب الحنفية إلى أنه مانع من الارث . وذهب الامامان مالك وأحمد إلى أنه غير مانع فروى الاخذ بهذا الرأى تحقيقا للتسوية بين المسلمين وغيرهم فى هذه الحالة وقد اقتضى تحقيق المساواة بين المصريين والاجانب أن يكون اختلاف الدارين مانعاً من الارث بالنسبة للوارث غير المسلم التابع لدولة غير اسلامية لا تجيز شريعتها ارث الاجنبى . وظاهر أن اختلاف الدارين لا يتحقق بين دارين اسلاميتين لان الاسلام يجمعهما .

ومن الواضح أن اللجنة أخذت بالرأيين معاً فى صورتين مختلفتين ففى صورة ما إذا كانت احدى الدولتين لاتورث الأجنبي أخذت بمذهب أبى حنيفة وفيما اذا كانت تورثه أخذت بمذهب الجمهور . ومن المقرر أن للوالى أن يتخير تبعاً للمصلحة مايحكم به قضاته .

الجد مع الأخوة فى الميراث

اتفق العلماء على أن الأب يحجب الجد — وعلى أن الجد يقوم مقام الأب فى الإرث بالفرض فقط عند الفرع الوارث المذكر . وبالتعصيب فقط عند عدم الفرع الوارث مطلقاً . وبهما معا عند الفرع الوارث المؤنث واتفقوا أيضاً على أن الأب والجد يحجبون الاخوة لأم .

وعلى أن الأب يحجب الاخوة الأشقاء والاخوة لأب . واختلفوا فى أن الجد يقوم معهم مقام الأب فيحجبهم . أو لايقوم مقامه فلايحجبهم . وهذه هى مسألة المقارنة فذهب أبو بكر الصديق وجمهرة من الصحابة رضوان الله عليهم إلى الأول وبه قال أبو حنيفة والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى . وذهب على وابن مسعود وزيد بن ثابت إلى الثانى . وهو قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد . ثم اختلف هؤلاء فى كيفية توريثهم على مذاهب نترك تفصيلها إلى كتب المواريث فارجع اليها إن شئت .

استدل لمذهب على ومن معه أولا بقياس الأخ على الابن بجامع أن كلا منهما ذكر يعصب اخته فكما لايحجب الجد الابن كذلك لايحجب الاخوة . وثانيا . ان الأب والجد يستويان فى سبب الاستحقاق فان كلا منهما يدلى الى الميت بالأب فالجد أبوه والأخ ابنه . وقرابة البنوة الثابتة للاب لاتنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد بل ربما كانت أقوى لأن الابن يسقط نصيب الأب . وإذا ثبت استواؤهما فى سبب الاستحقاق فلا موجب لحجب الجد الاخوة .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه مثل الجد فى تلك الحالة بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان فان كلا منهما أقرب إلى الآخر منه إلى الشجرة . وعن زيد أنه مثله بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادى . والمثالان من باب واحد يؤيدان أن الأخ أشد قربا لأخيه

من جده فلا يصح أن يحبسه الجد من ميراث أخيه .

واستدل لمذهب أبي بكر ومن معه . أولا بقوله ﷺ (ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى عصبة ذكر) والجد أولى من الأخ من جهة المعنى ومن جهة الحكم أما من جهة المعنى فلأن القرابة التي بين الميت وجده قرابة ايلاد وبعضية وليست كذلك القرابة التي بينه وبين أخيه . وأما من جهة الحكم فالجد لايسقط بازدحام الفروض لأنه ذو فرض ويسقط الأخ باستغراق الفروض لأنه عصبة . والجد لايسقطه إلا الأب وأما الإخوة فيسقطون بالاصل والفرع والجد يرث بالفرض والتعصيب كالأب وهم لايرثون إلا بالتعصيب . والجد يسقط أولاد الأم مع أن أولاد الأم يسقطون ولدالأب عند استغراق الفروض فلأن يسقطه الجد من باب أولى

وهذه وجوه أولوية الجد عن الأخ في باب الميراث خاصة أما أولويته عنه في باب غير الميراث فأكثر من أن تحصى . منها أنه لايقتل بقتل ولد ولده والأخ يقتل بقتل أخيه وأن شهادته لولد ولده لاتقبل وشهادة الأخ لأخيه مقبولة وأنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لهما خيار عند البلوغ بخلاف الأخ وأنه لا ولاية للأخ في النكاح مع وجوده وأن حليلة الجد أوحليلة ولد الولد محرمة تأبيداً على الآخر بخلاف حليلة الأخ . وأن الحد لايقطع بسرقة مال ولد الابن ويمنع من دفع زكاته اليه وغير ذلك من الأحكام التي يشبه الجد فيها الأب ويقوم مقامه ولا كذلك الأخ . فثبت بهذا أن الجد أولى في التعصيب من الأخ وأنه في أكثر الأحكام قائم مقام الأب فليقم مقامه في حجب الأخوة عن الميراث .

وثانيا — نظراً لما هو مقرر من التحاق الجد بالأب من جهة المعنى والحكم كما تقدم جاء القرآن واللغة بتسمية الجد أبا قال الله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) وقال على لسان يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وقال (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم وإسحاق) وقال (كما أخرج أبويكم من الجنة) وقال (أنتم وآباؤكم الأقدمون) وجاء في حديث المعراج (هذا أبوك آدم وهذا أبوك ابراهيم) وفي حديث آخر أرموا بني إسماعيل فان أباكم كان راميا . وكما جاء تسمية الجد أبا جاء تسمية ابن الابن ابنا قال تعالى (يابني آدم . يا بني إسرائل) . وفي الحديث (أرموا بني اسماعيل) وإذا ثبتت النبوة لولد الولد فمن المحال ألا تثبت الابوة لأب

الأب لأن الأبوة والبنوة من الأمور المتضايفة فيمتنع ثبوت إحداهما بدون الأخرى وإذا كان الجد أبا وجب أن يحجب الأخوة . وكيف لا يكون الجد أبا ونسبته إلى الأب فى العمود إلا على كنسبة ابن الابن اليه فى العمود الأسفل فهو يدلى إلى الميت بأبيه وابن الابن يدلى إلى الميت بابنه فاذا كان ابن الابن ابنا فكذلك يكون أب الأب أبا وهذا معنى قول ابن عباس (ألا يتق الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الأب أبا) .

وبالمقارنة بين قرابة الجد وقرابة الأخ تجد أن الجد فى عمود الأصل كابن الابن فى عمود الفرع . وأن الأخ ليس فى هذا ولا ذاك وإنما يشارك الميت فى أصله . وهذه المشاركة هى بنوة الأخ لأب الميت . والبنوة التى أقرب من الأبوة هى البنوة المنسوبة للميت لا المنسوبة لأبيه . والمتحقق فى الأخ هى الثانية لا الأولى . وأبوة الجد مهما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ الميت لأبيه لا تنسب إلى الميت بحال فكيف تكون أقوى من أبوة الجد المنسوبة اليه بوجه ما . فظهر أن القول بأن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة والبنوة أقوى من الأبوة مغالطة ظاهرة . فالجد أب والأخ ليس ابنا . والجد سبب والأخ لاحق فالجد مقدم على الأخ . وأما قياس الأخ على الابن ففساده ظاهر فليست العلة فى عدم حجب الجد للابن ما ذكر حتى يصح الحاق الأخ به أما التمثيل بالشجرة والغصنين وبالوادى والنهرين كما جاء ذلك عن على وزيد رضى الله عنهما فتمثيل يتنافى مع قاعدة القرابة فى باب الفرائض لأن المعروف فيها أن القرابة التى هى من جنس واحد وإن بعدت أقوى من القرابة المركبة من جنسين وان قربت . ولاشك أن قرابة الجد قرابة بسيطة هى قرابة الأبوة . وأما قرابة الأخ فقرابة مركبة من بنوة الأخ وأبوة أب الميت . ومن أجل ذلك قدمت قرابة جد الجد وإن علا على قرابة ابن الأخ وعلى العم لأن القرابة التى يدلى بها الجد من جنس واحد وهى الأبوة والقرابة التى يدلى بها الأخ وبنوه من جنسين وهى بنوة الأبوة للميت . ولقوة البسيطة فى جميع حلقاتها قدم الأقصى فيها على من يقدم عليه الأدنى . فقدم ابن ابن الابن على من يقدم عليه الابن وابن ابن الأخ على من يقدم عليه الأخ وهكذا .

والتمثيل المذكور يفضى إلى القول بقوة المركبة على البسيطة وتقديمها عليها وهو مالا نظير له فى باب التعصيب .

قال ابن القيم عاكساً عليهم القضية (بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه وأصل الشجرة أولى بغصنها من الآخر . فان هذا صنوه ونظيره الذى لايحتاج اليه . وذاك أصله وحامله الذى يحتاج اليه واحتياج الشيء إلى أصله أقوى من احتياجه إلى نظيره . فالأصل أولى بالشيء من النظير) .

هذا . وقد جرت لجنة الأحوال الشخصية فى سنة ١٩٣٧ على الأخذ بقول من لايرى حجب الجد للاخوة فقد جاء فى المادة ١٣ ما نصه . يحجب الجد الصحيح بالأب وعند عدمه تكون له أحواله المبينة فى المادة ١١ غير أنه يخالفه فيما يأتى .

أولا — لاتحجب الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب بالجد ويكون ميراثه معهم على الوجه المبين فى المواد ١٤ — ١٥ — ١٦ . وأكملت المادة بقية وجوه الخلاف بينه وبين الاب مما لايتصل بموضوعنا وهاك نص المواد المذكورة .

مادة ١٤ — للجد مع الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب حالتان الأولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وأناثاً أو أناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث . الحالة الثانية أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الأناث

مادة ٥ — إذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب على ماهو مبين فى المادة السابقة تحرم الجد أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض ورد إلى السدس

١٦ — لا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الاخوة أو الأخوات لأب

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أنه رؤى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الاخوة مع الجد لظهور المصلحة فى الأخذ بهذا الرأى فكثيراً مايموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الاخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئا مع أن الجد يكون غنيا فاذا مات ترك الأولاد جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه فكان فى الأخذ بغير المذهب المعمول به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لاينالون شيئاً من تركة جدهم .

توريث ذوى الأرحام
وبيت المـال

اتفق العلماء على أن أصحاب الفروض المقدرة فى كتاب الله مقدمون على غيرهم فى الميراث وعلى أنه إذا بقى شىء من التركة يكون للعصبات بالترتيب المشروح فى كتب الفرائض . واختلفوا فيما اذا لم يكن هناك عصبة فذهب على ومن وافقه وبه أخذ الحنفية إلى أن الباقى يرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم وإذا لم يوجد من يرد عليه فالمـال لذوى الأرحام .

وذهب زيد بن ثابت إلى أنه لا رد على ذوى الفروض ولا إرث لذوى الأرحام وإنما يوضع المـال عند عدم العصبات فى بيت المال وبهذا قال مالك والشافعى إلا أن المزنى وابن سريج من الشافعية قالا بتوريثهم وبه أفتى متأخروهم نظراً لفساد بيت المال وبذلك يكون الخلاف فى مسألتين الرد على ذوى الفروض عند عدم العصبة . توريث ذوى الأرحام وموضوع المقارنة المسألة الثانية .

استدل من لا يرى توريث ذوى الأرحام . أولا . بأن الفرائض توقيفية لا مجال للرأى فيها . وقد بين فى آيات المواريث نصيب أصحاب الفروض والعصبات ولم يذكر لذوى الأرحام شيئاً . فلو كان لهم حق فى التركة ما تركه فمن جعل لهم حقا فقد زاد على النص . والزيادة على النص لا تثبت بخبر واحد ولا بالقياس . فبقوا على الأصل وعدم الاستحقاق . وخلاصة الدليل أن الميراث لا يثبت إلا بالنص ولا نص فى ذوى الأرحام . و « ثانيا » بما أخرجه أبو داود والدارقطنى والنسائى أن النبى ﷺ قال « سألت الله عز وجل عن ميراث العمة والخالة فسارنى أن لا ميراث لهما » .

قالوا وقد وصله الحاكم والطبرانى وروى له الحاكم شاهدا مرفوعا من حديث شريك بن عبد الله . قالوا وإذا لم يكن ميراث للعمة والخالة من ذوى الأرحام فلا ميراث لغيرهما إذ لا قائل بالفصل « ثالثاً » بأن انضمام العمة وابنة الاخ الى أخويهما لا يجعل لهما حقا فى الميراث مع تقوية الأخوين لهما فمن باب أولى لا يرثان عند انفرادهما وقد عهد تقوية الأخ فى بنات الابن والأخوات من الاب فانهن يأخذن إذا كان معهن ولا يأخذن منفردات .

استدل الحنفية والحنابلة (أولا) بقوله تعالى فى سورة الأحزاب : (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا كان ذلك فى الكتاب مسطورا) .

ووجه الاستدلال أن الآية أثبتت عموم أولوية ذوى الأرحام بعضهم لبعض فتشمل جميع الأقارب وفيهم القريب الذى ليس بعاصب ولا صاحب فرض وكذلك استدلوا بقوله تعالى :(للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) وهى كما ترى عامة فى جميع أنواع القرابات واستدلوا (ثانيا) بما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة عن المقدام بن معدى كرب عن النبى ﷺ قال (من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرث . والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه) وبما رواه أحمد وابن ماجة عن أبى أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث إلا خال فكتب فى ذلك أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر فكتب عمر أن النبى ﷺ قال (الله ورسوله مولى من لا مولى له . والخال وارث من لا وارث له) رواه الترمذى وحسنه كما رفعه غيره وحسنه وبما رواه الخمسة عن عائشة أن مولى للنبى ﷺ خر من عذق نخلة فمات فأتى به النبى ﷺ فقال « وهل له من نسيب أو رحم » قالوا لا قال « إعطوا ميراثه بعض أهل قريته » وهو كما ترى عام فى الرحم . قال الشوكانى .

ومما يؤيد ثبوت ميراث ذوى الأرحام ماجاء فى ميراث ابن الملاعنة من جعله ﷺ ميراثه لورثتها من بعدها وهم أرحام له لا غير وقد أخرج البخارى ومسلم والنسانى وأبو داود أنه ﷺ قال ابن أخت القوم منهم أو من أنفسهم .

* * *

قال الرازى فى الاستدلال بالآية الأولى « أن قوله وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض مجمل فى الشىء الذى حصلت فيه الأولوية فلما قال فى كتاب الله كان معناه فى الحكم الذى بينه الله فى كتابه فصارت هذه الأولوية معتبرة فى الأحكام التى بينها الله فى كتابه وتلك الاحكام ليست إلا ميراث العصبات فوجب أن يكون المراد من هذا المجمل هو ذلك فقط فلا يتعدى إلى توريث ذوى الأرحام وقال فى الاستدلال بالآية الثانية وأجاب أصحابنا عنه من وجهين أحدهما قال فى آخر الآية نصيبا مفروضا أى نصيبا مقدراً وبالإجماع ليس لذوى الارحام نصيب مقدر

فثبت أنهم ليسوا داخلين فى هذه الآية . وخلاصة الوجه الثانى أن ذوى الأرحام لايدخلون فى الأقربين لأن المراد بهم الاقرب من جميع الاشياء . وتذكر لك وجها آخر له حاصله أن الحنفية رأوا أن الفرض ماثبت بدليل قاطع وارث ذوى الأرحام ليس من باب ماعرف بدليل قاطع باجماع الأمة والآية تناولت التوريث المفروض بدليل قوله (مفروضا) فلزم القطع بأن هذه الآية لاتتناول ذوى الأرحام .

وقالوا فى حديث (الخال وارث من لاوارث له) إن البيهقى والنسائى أعلاه بالاضطراب ولم يثبت رفعه من طريق صحيح قالوا وعلى فرض ثبوته فهو لنالا لكم ولهم فى ذلك طريقان أحدهما أنه على حد قولهم الصبر حيلة من لاحيلة له ومن المعلوم أن الصبر ليس حيلة فكأنه قال من كان وارثه الخال فلاوارث له (ثانيهما) أن الحديث نفى أن يكون له وارث نفيا عاما .

* * *

وناقش الفريق المثبت أدلتهم بما يأتى - قالوا فى الدليل الأول أن إرث ذوى الأرحام مثبت بعموم الكتاب كما ثبت به إرث جميع العصبات وأقصى مافى الباب إن قدر ما يأخذون لم يذكر ونحن نكتفى باثبات أصل الاستحقاق ثم ليس أصلكم منع الزيادة على الأصل بخبر الواحد على فرض أن أصل الاستحقاق ثبت به لذوى الارحام وكم من زيادة أثبتموها بخبر الواحد ومع قولكم أن الميراث لامدخل للرأى فيه قد اعتمدتم فى دليلكم الثالث عليه ولافرق بين استعمال القياس فى النفى واستعماله فى الإثبات على أنا لم نسلك فى الإثبات طريق القياس فلا تركتموه فى جانب النفى وهما سواء وأما حديث (لاميراث لهما) أى للعمة والخالة فهو مرســـل ولاتقوم به الحجة عندكم وقد ضعف العلماء طرق وصله . وشاهده الذى رواه الحاكم مرفوعا فيه الشاذكوانى وهو متروك . قالوا وعلى فرض الصحة فهو خاص بالعمة والخالة ولعلها واقعة عين أو أن المراد ليس لهما ميراث مقدر .

والحق أن عمومات القرآن ناطقة بمذهب المثبتين وأن احتمال التخصيص لادليل عليه وأن المراد بالنصيب فى الآية الثانية مايصيب الوارث ويقع فى يده عند القسمة وهو قد يكون سهما معينا كالنصف والربع وقد لا يكون كنصيب العاصب والرحم والقول بأن إرث ذوى الأرحام ليس من باب ماعرف بدليل قاطع باجماع الامة ممنوع بل هو مما عرف بدليل قاطع عنده من أثبته . وليس المراد بقطعية الدليل فى

اصطلاح الحنفية قطعيته على الاطلاق وعند كل الناس بل قطعيته فى نظر المجتهد وإلا لم يكن موضوعه محلا للاجتهاد كما هو معروف فى أصول الفقه على أنه ما أبعد تحكيم الاصطلاحات المحدثة فى معانى القرآن . ولا نكاد نفهم من قوله (مفروضات) إلا ما نفهمه من قوله (سورة أنزلناها وفرضناها) وقوله : (إن الذى فرض عليك القرآن لرادك إلى معاد) من البيان والتشريع ولا نكاد نفهم فى قوله (فى كتاب الله) سوى حكم الله وتشريعه الذى طلبه من عباده المؤمنين وأوجب به صلة الأرحام والوصية بالوالدين وذوى القربى وهى على نحو قوله فى آخر الآية (كان ذلك فى الكتاب مسطوراً) وقوله فى آخر المحرمات « كتاب الله عليكم » أما حمله على معنى مابينه الله لكم فى كتابه من المواريث فلا دليل عليه ولا مرشد إليه ودعوى أن قوله (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) مجمل لايفهم منه موقع تلك الاولوية فجاء قوله بعد (فى كتاب الله) بيانا لما تقع فيه الأولوية من قبيل الدعوى التى ليس لها من مستند ترتكز عليه فالآيات ظاهرة فى عموم ماينتفع به القريب من قريبه . أما الأحاديث فليس من شك أن أحاديث الإثبات أكثر طرقا وصحة من حديث النفى ومثلها مما ينهض بمجموعها الاستدلال فكيف إذا اتصلت بعمومات واضحة فى القرآن وكيف إذا كان عليه جمهور الصحابة رضى الله عنهم .

قال الزيلعى ولولا خوف الإطالة لأوردنا ماحكى عن السلف من أفراد الواقعات

هذا وقد اختلف القائلون بتوريث ذوى الأرحام فى كيفية توريثهم وتفصيل ذلك مبسوط فى كتب الفرائض فارجع إليها إن شئت .

ولايعذب عنك أن بيت المال لا يستحق التركة ميراثا وإنما توضع فيه إذا لم يكن وارث لأنه محل الأموال التى لايعرف لها مالك . والله أعلم .

هذا ما تيسر لنا من الكتابة على منهج المقارنة حسب وضعه الأخير وإنا لم نقصد به إلا أن يكون أنموذجا للطالب فى كيفية البحث وطريقة الموازنة بين الآراء المختلفة وفى ربط أصول التشريع باستخراج الأحكام من الأدلة التفصيلية .

ونرجو أن يهيء الله لنا من الوقت ما يعيننا على إعادة النظر فيه وإخراجه مرة ثالثة على وجه يكون أنفع للعلم وأجدى للطالب . ونسأله سبحانه أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعه اهـ .


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

